« *guten Sitten* » *im bürgerlichen Gesetzbuche,* Breslau, 1910, p. 26 ss.; M. Rotondi, *L'abuso del diritto,* cit., p. 454; Gorphe, *Le principe de la bonne foi,* cit., p. 100 ss.; Savatier, *Traité,* cit., p. 38 ss.; Cahn, *The moral decision,* Indiana University Press, 1956, p. 190 ss.; Delyannis, *La notion d'acte illicite,* cit., p. 26 ss.; Coing, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem,* in *Festschrift H. Dölle,* Tübingen, I, 1963, p. 32; Gernhuber, *Die Billigkeit und ihr Preis,* nel vol. *Summum ius, summa iniuria,* cit., p. 205 ss.; Prosser, *Handbook,* cit., p. 16 ss. e p. 24; Armitage, in Clerk e Lindsell, *On torts,* cit., pp. 39-41. E si rivedano le conclusioni cui giungeva Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation,* 3ª ed., Paris, 1914, p. 374, nel suo discorso, pur critico per tanti versi, intorno al § 826 del BGB.

Capitolo Quinto

IL PROBLEMA DELLA NOZIONE DI DOLO

Sommario. 1. Giustificazione dell'ordine di lavoro seguito. - 2. Vanità di ogni discussione sul concetto di dolo svolta prima di sapere se esso è o meno parificato alla colpa. - 3. Il profilo definitorio nella letteratura del passato. - 4. Limite delle formule unitarie più correnti. - 5. Tipicità degli illeciti e varietà dei significati di dolo. - 6. Ambito della presente ricerca. Inopportunità di una rinuncia al vocabolo.

1. Non è certo un caso se l'indagine, che pur è dedicata ai vari problemi del dolo nell'illecito, complessivamente, e non al solo principio dell'equivalenza con la colpa, ha preso tuttavia le mosse dalla presentazione di quest'ultimo, e in tale direzione intende anche continuare a svolgersi. Sulle ragioni di questa scelta non varrebbe forse la pena di indugiare, lasciando che sia il corso stesso della lettura a rivelarle — posto che alcune non sian state già chiarite — se non fosse che un ordine del genere può dar luogo sin d'ora a qualche perplessità. È infatti un'abitudine, se non proprio una regola del mestiere del giurista, che non si cominci a discutere dell'efficacia o della rilevanza di un certo fatto giuridico, finché non si è trovato per esso un'adeguata definizione. Nel nostro caso il rimprovero sarebbe cioè quello di aver subito posto una questione di operatività pratica — qual è essenzialmente quella che si esprime nel dogma dell'equivalenza, e che ritorna nelle sue smentite — senza aver detto prima cos'è il dolo, e in che cosa esso si differenzia dalla colpa: con una vera e propria inversione di metodo, quindi, e col rischio di lasciare tutta la parte della prossima ricerca in balia di continue sospensioni o di anticipi frettolosi sulla futura discussione intorno alla nozione di dolo; e col risultato, in apparenza inevitabile, di una costante indeterminatezza dell'ambito effettivo del lavoro, data l'assenza di un nitido parametro che valga a stabilire già all'inizio quali sono le figure che interessano, e quali invece quelle da ignorare. Oltre tutto, si potrebbe aggiungere, il profilo ontologico è anche quello sotto il quale

il nostro tema risulta affrontato con impegno maggiore dagli studiosi: tanto più naturale dovrebbe quindi riuscirne l'adozione, quale punto di riferimento e filo immediato del discorso.

Si dirà forse che un'accusa di poca ortodossia, nell'impianto e concezione di un lavoro, non è davvero così grave e preoccupante da esigere ad ogni costo una difesa: e questo, in parte, è certamente vero.

È anche indubbio, però, che con l'invito a dichiarare cos'è il dolo, e qual è il modo per fondarne la nozione, si sfiora un tasto di notevole importanza, per l'argomento oggetto dell'indagine; al quale ancora non s'è fatto accenno, mentre conviene avere invece sotto gli occhi, già in questa prima fase del discorso, i vari punti che attendono un controllo; e la cui stessa ovvietà, vogliamo aggiungere, non è davvero tanto certa e indiscutibile, come può forse sembrare a prima vista, da potersi addirittura sottintendere.

Per questo, dunque, più che per tema di una confusione di cui manca in realtà un autentico presagio, può ritenersi che una replica sia opportuna; a parte l'altra esigenza di conoscere, e precisare, i margini dell'area che s'intende porre a fuoco.

2. In verità, la scelta dell'approccio qui seguito, come il programma di andare avanti in questo senso, nascono da una sola istanza generale. Alla sua base vi è intanto l'opinione che, senza il riconoscimento di un'autonomia fra dolo e colpa — sul piano delle conseguenze giuridiche, oltre che su quello dei nomi e dei concetti —, l'impresa di uno studio rivolto al primo di quei criteri soggettivi avrebbe un significato ben ristretto: dal che l'urgenza di iniziare senza indugi — e il bisogno di condurre adesso in porto — l'esame di quel dogma dell'equivalenza, con la prova della cui infondatezza quel riconoscimento si trova appunto collegato.

Questa non è stata, e non è, evidentemente, la cautela di chi, prima di compiere uno sforzo, pretende che non gli sembri inutile tentarlo; quanto proprio soltanto la coscienza dell'assoluta vanità di una ricerca intorno ai tradizionali problemi del dolo — come quello dell'analisi o della scelta tra *Willenstheorie, Vorstellungstheorie, Gefühlstheorie*; quello della delimitazione concettuale del dolo rispetto alla colpa, con le consuete incertezze per il dolo eventuale e per la colpa cosciente, o con previsione; quello degli elementi che ne debbono formare l'oggetto, con l'ormai classica questione a proposito dell'antigiuridicità; quello della disciplina dell'errore di diritto o sulle esimenti, e così di seguito — se la conclusione cui si dovesse arri-

vare prima o poi fosse che, siccome ogni danno ingiusto è risarcibile già a titolo di colpa, l'attore potrà sempre limitarsi a provare quest'ultima [1]: prova di norma possibile ad offrirsi, oltre che tanto più facile da svolgere, data la rarità dell'ipotesi in cui il comportamento intenzionale che è stato all'origine del danno non si presti ad esser sindacato, con risultati positivi, anche sotto il profilo dell'imprudenza, negligenza o imperizia [2].

Francamente, una prospettiva del genere ricorderebbe troppo da vicino, se non ripeterebbe addirittura esattamente, l'andamento di certi discorsi dell'inizio del secolo: quando accadeva che alcuni dei nostri scrittori, dopo aver rivendicato i meriti storici e il valore razionale della distinzione fra delitti e quasi-delitti — contenuta in testa alla Sez. III, capo I, Tit. IV, del 3° libro del codice del '65, e fondata appunto sulla contrapposizione fra dolo e colpa [3] —, finissero poi con l'aggregarsi agli altri nel riconoscere il suo difetto di importanza nella pratica (dato l'obbligo, in entrambi i casi, dell'agente, di risarcire l'intero pregiudizio); ma si battessero perché essa fosse ugualmente conservata nel linguaggio e nei capitoli dei libri di diritto, giacché il contrario avrebbe costretto ad « ammettere nel legislatore la massima delle insipienze, e cioè quella di aver usato espressioni che non rispondono a nessuna realtà », e inoltre per la considerazione che « i nomi esistono per rappresentare le idee » [4];

---

[1] Così LAURENT, *Principii*, XX, cit., § 547, p. 443.

[2] V. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts*, cit., p. 31; LAURENT, *op. cit.*, XX, § 462, p. 373; TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 176; SCHREIER, *Schuld und Unrecht*, Wien-Brunn-Prag-Leipzig, 1935, p. 10 (« Besteht aber .. der Vorsatz im wesentlichen im Vorhersehen, die Fahrlässigkeit wesentlich im Vorhersehen-Können, so ist jede vorsätzliche Handlung zugleich fahrlässig, weil das wirkliche Vorhersehen das Vorhersehen-Können selbstverständlich in sich schliesst... »); NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, cit., p. 37; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 9; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 640; MILLNER, *Negligence in modern law*, cit., p. 174; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, I, cit., p. 73; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 456. V. anche BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza* (*Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa*), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 966.

[3] *Infra*, Cap. VI, n. 4.

[4] Così CESAREO CONSOLO, *Trattato del risarcimento*, cit., p. 76, sulle tracce di CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, cit., I, p. 38 ss. (« non si debbono confondere istituti così diversi, allegando la identità delle conseguenze »), seguite anche da PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, cit., IV, 1, nota 1, p. 218 ss.

per trovarsi infine costretti a svolgere la trattazione del delitto civile allineando sempre nuove e più sottili differenze tra questo e il delitto penale [5], o disputando sul tema se la violazione dolosa di un obbligo giuridico non dovrebbe sempre considerarsi anche penalmente rilevante [6], o riempiendo magari pagine sulla distanza e affinità tra morale e diritto [7].

Il che non è valso comunque ad impedire che si avverasse alfine la profezia [8] dei più accorti — consci, se non dell'esistenza di illeciti di dolo, quantomeno del fatto che, dovendo tracciarsi uno spartiacque, esso poteva passare non già tra comportamenti dolosi o colposi, bensì tra danni risarcibili solo a titolo di dolo oppure anche sulla base della colpa [9] — allorché il legislatore del '42 non è venuto a confermare quella classificazione nel nuovo codice.

Questo, ovviamente, non significa che, se non si riesce a dotare il dolo di uno statuto autonomo rispetto alla colpa, debba esser fatale la sua scomparsa nella prossima codificazione. Il binomio dei due criteri di colpevolezza ha ormai una solidità che basta a garantire anche al primo, pur se in ipotesi del tutto irrilevante, la possibilità di resistere lungamente all'assalto dei tempi e delle riforme. Ma non

---

[5] Mattei, *Il codice italiano*, Venezia, 1874, IV, p. 124; Cattaneo, *Il codice civile italiano*, Torino, 1865, p. 845; Borsari, *Commentario*, cit., III, 1877, p. 333; Vignali, *Commentario del codice civile italiano*, Napoli, IV, 1882, p. 633; Pochintesta, *Del diritto delle obbligazioni*, 2ª ed., Torino, 1874, p. 287.

[6] Brunetti, *Il delitto civile*, cit., in tutta l'ultima parte dell'opera.

[7] G. Rotondi, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, p. 287, nota 3, osservava come Cesareo Consolo, dopo aver assunto quella bipartizione come base per il suo Trattato sul risarcimento, avesse finito « per assegnare alla rubrica del " quasi-delitto " tutto il grosso della trattazione, trattando, nella sezione del " delitto ", solo problemi di carattere astratto ».

[8] Soprattutto Giorgi, *Teoria*, cit., V, p. 217; e sulla sua orma, tra gli altri, Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, cit., 7ª ed., Napoli, 1917, p. 355, nota 1; Ascoli, *Istituzioni di diritto civile*, 3ª ed., 1934, p. 134. Vedi anche G. Rotondi, *Dalla « lex Aquilia »*, cit., 1917, pp. 287-288 e Venzi, *Note*, cit., nota ff, p. 345.

[9] Proprio al fatto di basarsi su questa differenza di carattere pratico, si deve la felice sopravvivenza nel diritto anglo-americano della distinzione fra *negligence* e *intention* (cfr. Dias, in Clerk e Lindsell, *op. cit.*, p. 456), dove non si dimentica che l'uso del termine *fault*, come ricomprensivo di entrambe, può essere lecito soltanto nella specifica sede in cui si discute sulla *strict liability*, o sugli sviluppi di *Rylands* v. *Fletcher* (*infra*, in questo capitolo, nota 59 e Cap. VI, nota 67).

si esagera neppure concludendo che, se la congettura fosse vera, gli obblighi dell'interprete nei confronti del dolo non potrebbero intendersi maggiori della fatica di riservargli una semplice menzione [10].

3. Ciò che, del resto, se si guarda attentamente, è poco meno di quanto, anche in passato, ha continuato ad avvenire quasi sempre [11].

Non è infatti necessario stare ad esprimere specifiche riserve, in ogni caso abbastanza ovvie, circa il valore dell'appunto secondo cui un discorso dovrebbe sempre prendere avvio dal lato in cui la dottrina l'ha svolto sin lì più estesamente. Quel che è ancor prima seriamente contestabile, al di là delle apparenze, è che la stessa nozione di dolo, nell'area almeno francese ed italiana, sia stato oggetto di un approfondimento tale da farne la soglia primaria e inevitabile per lo studioso che si avvicini alla materia.

Già in un bilancio quantitativo, se si trascurano le opere dei penalisti [12], o quelle, pur di diritto civile, che ne parlano però come

---

[10] Una menzione al più arricchita dal richiamo delle conclusioni che, in maniera ormai del tutto unanime, o con dissensi puramente nominali, mostra di aver raggiunto, sui vari problemi di cui sopra, la dottrina che maggiormente si è svolta a approfondirli (v. *infra*, nota 25); la tranquillità del richiamo dovrebbe anzi indurre a riconoscere che l'indifferenza verso il dolo, palesata dai nostri civilisti, ha almeno avuto il merito di evitare un notevole spreco di tempo: riconoscimento dovuto, ci pare, anche da chi non volesse ammettere che i riflessi pratici della scelta fra quelle alternative, almeno per l'illecito civile, son sempre stati di gran lunga inferiori rispetto alla quantità delle energie spese nella discussione (cfr. assai bene Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 106; Coppa Zuccari, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 148; Biermann, *Bürgerliches Recht*, I, cit., p. 333, nota 5; Höhn, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 107, nota 5; v. anche Titze, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 98, nota 1; recentemente Erman, in Erman, *Handkommentar*, cit., p. 535; Staudinger-Werner, *Kommentar*, cit., p. 346).

[11] « La legge pone accanto alla colpa anche il *dolo*, ma su di esso non è necessario indugiarsi perché si tratta di una forma aggravata di antigiuridicità psicologica, insuscettibile di graduazioni e comunque del tutto lontana dalla *zona di confine* tra responsabilità ed irresponsabilità, sì da rendere inutile ogni indagine sui suoi diversi elementi » (così Miccio, *Dei singoli contratti*, cit., p. 781; ma analogamente Brière De L'Isle, *La faute intentionnelle - à propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle*, in *Dalloz*, 1973, *Chr.*, p. 259; v. anche Di Prisco, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., p. 223; nel senso del testo, esplicitamente, Ziccardi, *L'induzione*, cit., p. 144).

[12] Bibliografia in Gallo, voce « *Dolo* » (*dir. pen.*), in *Enc. del dir.*, XIII, 1964, p. 750 ss. e in Bricola, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960.

vizio della volontà nel negozio giuridico [13], e si tien conto dei soli scritti che lo trattano nel quadro del risarcimento del danno, il dubbio che semmai sale spontaneo è se il dolo dovrebbe anche solo ricordarsi in un'enciclopedia dei lavori sull'illecito [14]: tanto modesta appare nell'insieme la sua vitalità letteraria, e così pochi sono gli interessi ch'esso è riuscito ad attirare [15]; certo imparagonabili a quelli

[13] Bibliografia in TRABUCCHI, voce « *Dolo* » (*dir. civ.*), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, VI, 1960, p. 155 e in CRISCUOLI, *Il criterio discretivo tra « dolus bonus » e « dolus malus »*, in *Ann. sem. Palermo,* 1957, cui *adde* VISINTINI, *Contributo allo studio della reticenza nella formazione dei contratti,* in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 62 ss.; V. BIONDI, *Dolo e violenza nei contratti* (*Appunti di tecnica legislativa*), nota a Cass. 8 maggio 1969, n. 1570, in *Foro pad.*, 1971, I, c. 135 ss.; CRISCUOLI, *La réclame « non obiettiva », come mezzo di inganno nella formazione dei contratti,* in *Studi in onore di G. Scaduto,* cit., p. 299 ss.

[14] Basta scorrere l'elenco bibliografico tracciato da Trabucchi e Funaioli in testa alle più volte ricordate voci « Dolo », nel Novissimo Digesto italiano e nell'Enciclopedia del Diritto: si tratta di contributi dedicati quasi esclusivamente al dolo negoziale, soprattutto nel contratto e nel testamento, con qualche eccezione per il dolo processuale. Del resto, gli stessi autori di queste voci non vanno oltre un brevissimo accenno al dolo nella responsabilità civile, mentre ABELLO neppure lo nomina e ne tratta nella voce « *Dolo* », in *Diz. prat. dir. priv.*, II, Milano, s. d., p. 85 ss. Lo stesso si potrebbe ripetere, in misura maggiore o minore, per gli autori delle voci « Dolo » apparse nelle varie Enciclopedie giuridiche o nei Dizionari del passato, e per quasi tutti gli altri lavori sul dolo che pur non dichiaravano di volersi limitare al solo dolo-raggiro. D'altronde, è sufficiente consultare il *Dizionario bibliografico delle riviste giuridiche* a cura di V. Napoletano, Milano, 1958, ove sono ricordati tutti gli scritti apparsi nei periodici italiani tra il 1865 e il 1956: il dolo non compare neppure nella lista di voci orientative poste sotto il titolo « Responsabilità civile ».

[15] Vedi, ad ogni modo, le opere citate *retro,* Cap. I, nota 11. Tra queste, con particolare ampiezza, TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere;* LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese;* PUCCINI, *Il dolo civile.* Ma per una discussione generale, specialmente SCIALOJA, *Negozi giuridici,* cit., p. 346 ss.; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici,* cit., p. 41; SACCO, *La buona fede,* cit., p. 100 ss.; MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 566; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 174 ss.; ZICCARDI, *L'induzione,* cit., p. 143 ss., nonché gli autori citati nelle note successive.

Sull'*exceptio doli,* e avvertendo però che un interesse a profili definitori è anche qui abbastanza scarso, v. gli autori citati *retro,* cap. IV, nota 29.

Nella letteratura francese, le opere più note come quella di CHARDON, *Trattato del dolo e della frode,* trad. it. di Foramitti, Venezia, 1935 e di BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude,* cit., si occupano quasi esclusivamente del dolo come vizio del volere. Qualche spunto in GORPHE, *Le principe de la bonne foi,* cit., p. 100 ss.; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude,* cit., p. 59; STARCK, *Essai,* cit., p. 445. Il contributo più importante rimane

suscitati dalla colpa, il racconto della cui ascesa e del cui declino, insieme a quello delle discussioni sulla sua essenza, finisce per confondersi ogni volta, quando vien fatto, con quello degli stessi mutamenti nel tempo dell'intero istituto aquiliano.

Né, d'altra parte, considerate per ciò che dicono in effetti, quelle pur rare analisi sul tema mostrano di esser mai andate oltre un sommario riscontro delle differenze fra dolo penale e dolo civile [16], o una meccanica importazione, sul terreno della responsabilità, di risultati

comunque quello di LEGAL, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle,* cit., p. 173 ss., al quale continuano a rifarsi, specie per quanto concerne le critiche ad Austin e a von Liszt, tutti i trattati più recenti sulla responsabilità: cfr. H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile,* cit., I, p. 470 ss.; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil,* cit., II, 1, p. 403. Di recente, BRIÈRE DE L'ISLE, *La faute inexcusable,* in *Dalloz,* 1970, *Chr.* p. 73; PUECH, *op. cit.*, p. 78 ss.

Alquanto vasta la letteratura sul dolo nel processo. Tra le opere più note, LIPARI, *Il dolo processuale bilaterale,* Palermo, 1926; ZANI, *La malafede nel processo civile,* Roma, 1931; GUIDO, *Il dolo processuale civile,* Roma, 1933; GUARNIERI CITATI, *Dolo processuale bilaterale e revocazione,* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, I, p. 261 ss.; ID., *Il dolo processuale bilaterale,* in *Ann. Messina,* 1928, p. 1 ss. Di recente, CALVOSA, *Riflessioni sulla frode alla legge nel processo,* in *Studi in onore di E. Redenti,* Milano, 1951, I, p. 205; MONACCIANI, *Il problema del processo in frode alla legge,* Milano, 1957.

Su questi problemi, e in genere sulla frode alla legge, e sul rapporto fra dolo e frode alla legge, bibliografia in CARRARO, voce « *Frode alla legge* », in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 647; MORELLO, *Frode alla legge,* Milano, 1969, specialmente p. 17, nota 20; GIACOBBE, *La frode alla legge,* Milano, 1968.

Sul dolo nell'azione revocatoria, bibliografia in DE MARTINI, voce « *Azione revocatoria* », (*dir. privato*), in *Noviss. Dig. it.*, Torino, II, 1958, p. 152; NICOLÒ, *Dell'azione revocatoria,* in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Libro VI, Tutela dei diritti (art. 2900-2969), 1953, *sub* art. 2901; NATOLI, voce « *Azione revocatoria* », in *Enc. del dir.*, IV, 1959, p. 893. Recentemente, MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria,* Padova, 1970, p. 105 ss.

Sul dolo negli artt. 1447 e 1448, MIRABELLI, *La rescissione del contratto,* cit., p. 17 ss. e p. 166 ss. Sul dolo degli amministratori delle società, RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori,* Milano, 1969, p. 272 ss. Per qualche rilievo generale, COPPA ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »,* cit., p. 147 ss.; LEVI, *Dolo e coscienza dell'illiceità,* in *Annali Cagliari,* 1928; SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 360 ss.; MAIELLO, *Custodia e deposito,* cit., p. 79 ss.; CIAN, *Lata culpa dolo aequiparatur,* cit., p. 148 ss.; LAZZARO, *Imperativismo e responsabilità civile,* in *Riv. int. fil. dir.*, 1964, p. 78 ss.; ZAMPETTI, *Il finalismo nel diritto,* Milano, 1969, p. 29 ss. e p. 97 ss.; C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali,* cit., p. 63 ss.

[16] PLANIOL, *Dol civil et dol criminel,* in *Rev. crit. législ. jurispr.*, 1893, p. 545 ss.; MAIORCA, *Colpa,* cit., p. 566; BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 180 ss.

e dilemmi propri della scienza penalistica [17], o un richiamo ossequioso dei dati della tradizione ripercorsa sino all'incontro con le fonti romanistiche [18], o un generico invito a mettere anche i tratti di questa figura in linea con le tendenze obiettivizzanti proprie della materia del danno [19], o un'esercitazione di cultura su problemi dibattuti nella psicanalisi [20]: contributi e arricchimenti di cui non è soltanto il vizio d'origine comune, del quale adesso vedremo la natura, che si rende palese a prima vista, ma sono anche i meriti qualitativi a lasciare dubbiosi ed esitanti.

Un'attenzione abitualmente superiore è andata al dolo come elemento che, nel campo della responsabilità da inadempimento, obbliga il debitore a risarcire anche i danni imprevedibili che il creditore abbia risentito dalla mancata esecuzione: finendo però anche qui per

[17] Soprattutto LEGAL, *De la négligence et de l'imprudence,* cit., p. 173 ss.; e in qualche misura CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza* cit., specialmente da p. 273 in avanti. Oppure ZICCARDI, *L'induzione,* cit., p. 147 ss. Per ragioni diverse anche BRUNETTI, *Il delitto civile,* cit., in particolare nell'ultima parte dell'opera. E v. anche C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali,* cit., p. 74 ss.; HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 344.

[18] Ad esempio CIANCOLA, voce « *Dolo* », in *Enc. giur. it.,* vol. IV, parte 6ª, Milano, 1921, p. 452 ss. e p. 469; SCRIBANO, *Trattato della malafede,* cit., p. 350; SACCHI, voce « *Dolo* », in *Digesto italiano,* Torino, IX, parte 3ª, 1899-1902, p. 621 ss.; AGATSTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat,* Paris, 1927, p. 80.

[19] V. i rilievi di RODOTÀ, *Il problema,* cit., p. 119 e di GHIDINI, *La repressione della concorrenza sleale,* cit., p. 340 ss. In senso analogo, pur muovendo da diversi presupposti, EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht,* cit., p. 55. Da ultimi, NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution à l'étude de la faute,* cit., p. 519 (con particolare riguardo al dolo del debitore); PUECH, *L'illiceité,* cit., p. 81. Su queste tendenze, MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg,* cit., p. 155 e p. 158; e si vedano WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,* Karlsruhe, 1960, pp. 32-33; KALVEN jr., *Mr. Justice Holmes: some modern views - Torts,* in *Univ. of Chic. law rev.,* 1964, p. 263 ss., 266-267; GEILEN, *Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht?,* cit., p. 8 (« Die Subjektivität des *Vorsatzes* ist eben nicht gleich Subjektivität auch der *Vorsatzvorwerfbarkeit.* Die Schuld ist erst das Fazit einer normativen — und hier im Zivilrecht ins Hypothetische gewendeten — Vorsatz*bewertung* »).

[20] SACCO, *La buona fede,* cit., pp. 100-117, in cui la discussione sulla nozione di dolo, pur condotta in maniera brillante, rimane sostanzialmente indipendente dal resto della trattazione in cui l'autore esamina l'accezione di malafede (e buona fede) volta a volta operante nelle singole norme (e viene spontaneo un richiamo a ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft,* cit., nell'intero secondo capitolo, soprattutto p. 100 ss.; ID., *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs,* I, cit., p. 163).

appuntarsi, a ben vedere, sullo studio della nozione di prevedibilità — nei suoi rapporti col concetto di immediatezza, nell'esserne oggetto la qualità o la quantità del danno — più che non su quello di dolo vero e proprio [21]; e, forse, il numero maggiore di energie è stato ancora profuso, per lo meno sotto il vecchio codice, sul problema concernente l'estensibilità di questa regola al settore dei fatti illeciti [22].

In verità, l'impressione che sorge nel rileggere quei passi, è che, per i nostri studiosi del danno, l'esame della nozione di dolo sia sempre stato nient'altro che il riflesso di una generica volontà di completezza: un pedaggio da pagare in qualche modo per poter giungere infine a render conto del tema veramente di rilievo, vale a dire l'illecito colposo [23].

Accade allora che, in lavori più recenti, la constatazione di questo disimpegno venga fatta seguire non di rado da accenti di biasimo e aperta recriminazione verso l'intera dottrina del passato [24]:

[21] Cfr. LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., pp. 15, 221, 283, 384 ss., il quale parla di « sterile concettualismo » e di « poche sbrigative proposizioni » da parte della dottrina che si è occupata dell'argomento. Analogamente, ZICCARDI, *L'induzione,* cit, p. 145.

[22] Vedi *retro,* Cap. I, note 3 e 4, e *infra,* Cap. VI, n. 5.

[23] Pensiamo, soprattutto, ai lavori di CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 169 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile,* cit., p. 64; VISINTINI, *La responsabilità civile,* cit., p. 6; DE CUPIS, *Il danno,* cit., p. 113 ss.; BONVICINI, *La responsabilità per i danni,* cit., p. 123. Così, del resto, anche SCHREIER, *Schuld und Unrecht,* cit., p. 9 ss.; KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht,* Bern, 1971, p. 71 ss.; ancora SCHREIER, *Faute et tort,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1936, p. 59 ss.; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht,* cit., p. 124; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 124. E si vedano i rilievi di LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts,* I, cit., p. 160.

Alquanto diverso il panorama offerto dalla letteratura anglo-americana, dove pure non manca una discussione sui caratteri generali del dolo, con risultati sovente avvicinabili a quelli raggiunti dagli scrittori continentali: v. ad esempio — tra i contributi non ancora ricordati — COOK, *Act, intention and motive in the criminal law,* in *Yale law journ.,* 1917, p. 644 ss.; EDWARDS, *Malice and willfulness in statutory offences,* in *Curr. leg. probl.,* 1951, p. 247 ss., e, recentemente, DE MUTH, *A comparison of the conduct required in trespass to chattels and negligence,* in *Rocky mt. law rev.,* 1961, p. 323 ss.

[24] Con diverse sfumature, CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici,* cit., p. 41; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 178, nota 10; PUCCINI, *Il dolo civile,* cit., p. 341; SACCO, *Buona fede,* cit., p. 102; C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali,* cit., p. 72; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil,* II, 1, cit., p. 402.

tanto meno scusabile, si afferma, nella superficialità con cui ha sempre sbrigato questo punto, in quanto sorda e del tutto indifferente alle conquiste che, al proposito, venivano raggiunte nello stesso arco di tempo dagli studiosi di diritto penale; e il confronto col diverso fervore dimostrato, in tutti gli ultimi decenni, dalla scuola civilistica tedesca [25], rende il giudizio normalmente più severo.

---

[25] Tra le opere più spesso ricordate, ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 83 ss.; v. LISZT, *Die Deliktsobligationen*, cit., p. 54 ss.; HENLE, *Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung*, Leipzig, 1910, p. 156 ss.; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 42 ss.; K. WOLFF, *Verbotenes Verhalten*, Wien, 1923, p. 212 ss.; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., pp. 424-435. Fra i penalisti, in particolare, BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª ed., Leipzig, 1898, pp. 127-129; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 2ª ed., Jena, 1902, p. 52 ss.; ID., *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 194 ss.; F. v. HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903, *passim*; di nuovo v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., p. 169 ss.; ROHLAND, *Willenstheorie und Vorstellungstheorie im Strafrecht*, Freiburg i. B., 1904. In generale, ancora, WEYL, *System der Verschuldensbegriffe*, cit., p. 388 ss.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, rist., Aalen, 1961, III, p. 304 s.; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, *passim*; ID., *Bemerkungen zur Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, in *Festschrift T. Rittler*, cit., p. 165 ss.; J. GOLSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festschrift R. Frank*, I, cit., p. 428 ss. Tra gli altri contributi più recenti, NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, cit., *passim*, e specialmente p. 26 ss.; H. MAYER, *Das Problem des sog. dolus generalis*, in *Juristen Zeitung*, 1956, p. 4 ss.; FUKUDA, *Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente. Eine Studie zum personalem Unrecht*, in *ZStW*, 1959, p. 38 ss.; OEHLER, *Der rechtswidrige Vorsatz*, in *JR*, 1951, p. 65 ss.; H. S. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen. Der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund*, Bonn, 1960, p. 267 ss.; BAUMANN, *Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht?*, cit., pp. 494-519 (particolarmente limpido); BINDOKAT, *Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*, in *Neue J. W.*, 1962, p. 185 ss.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 59 ss.; WEITNAUER, *Gedanken zu Problemen der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens*, in *VersR*, 1961, p. 1057 ss.; ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, in *Jur. Schul.*, 1964, p. 53 ss.; STAUDINGER-WERNER, *op. cit.*, pp. 300-311; Arthur KAUFMANN, *Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit*, in *Jur. Schul.*, 1967, p. 145 ss., specialmente 147-148; WELZEL, *Ein unausrottbares Missverständniss? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre*, in *NJW*, 1969, p. 425 ss.; Ernst WOLF, *Die Lehre von der Handlung*, in *AcP*, 1970, p. 181 ss., 222 ss.; WEGSCHEIDER, *Der Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen*, in *Jurist. Blätter*, 1974, p. 192 ss.

Fra i motivi più diffusi, nella letteratura di questi ultimi tempi, il ripudio ormai concorde della *Vorstellungstheorie*, per la quale è già in dolo chi abbia

A noi sembra, per vero, che, proposta in questi termini, senza cioè un contemporaneo accenno a quelle che sono sempre state le opinioni dei nostri interpreti sul punto della rilevanza pratica del

---

potuto « rappresentarsi » le conseguenze del proprio comportamento (così, invece, ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 150; v. LISZT, *Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht*, Berlin-Leipzig, 1889, p. 14 ss.; ID., *Deliktsobligationen*, cit., p. 54; DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 1, cit., p. 159; ancora ZITELMANN, *Das Recht des BGB*, cit., I, p. 156; CROME, *System*, I, cit., p. 484, testo e nota 16; WEYL, *System der Verschuldensbegriffe*, cit., p. 375 ss. e 388; STAUDINGER-ENGELMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5/6ª ed., München u. Berlin, II, 1910, p. 1625; PLANCK-FLAD, *Kommentar*, cit., p. 1761; BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, cit., p. 333; TITZE, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 98; ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, cit., p. 636, testo e nota 5; SCHULZ-SCHAEFFER, *Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung*, Marburg, I, 1915, p. 41; MAYR, *Lehrbuch*, I, cit., p. 266; COSACK-MITTEIS, *Die Allgemeinen Lehren und das Schuldrecht*, cit., p. 283; recentemente WIEFELS, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 62; PALANDT-GRAMM, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 696), ed il ritorno, sia pur con diverse sfumature e attenuazioni, alla *Willenstheorie*, per la quale è invece necessario che i risultati della condotta siano anche voluti, non soltanto previsti, dall'autore del danno (in tal senso già PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, I, cit., p. 124; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., II, p. 323 e p. 391; BURCHARD, *Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 79; LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, cit., p. 132 ss., specialmente p. 139; F. v. HIPPEL, *Die Grenze*, cit., p. 69; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 107; v. BONNOT, *Grundriss des Obligationenrechts*, cit., p. 31; successivamente KRÜCKMANN, *Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 4ª ed., Leipzig, 1912, p. 191; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht*, cit., p. 898, nota 59; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch*, I, 2, cit., p. 655; v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, 2, cit., p. 482 ss.; PLANCK-SIBER, *Kommentar*, cit., II, 1, p. 218; SIBER, *Schuldrecht*, cit., p. 43; Armin EHRENZWEIG, *System*, II, cit., p. 154; KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, cit., p. 325; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 432; HÖHN, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 107; di recente LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allg. Teil.*, cit., p. 160; FUNK, *Handkommentar*, cit., p. 39; Rudolf SCHMIDT, *Bürgerliches Recht*, cit., I, p. 132; GÖRNER, nel volume *Das Zivilrecht der deutschen demokratischen Republik. Schuldrecht - Besonderer Teil*, cit., p. 510; ancora LARENZ, *Vertrag und Unrecht.*, II, cit., p. 31; SOERGEL-LINDENMAIER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, cit., p. 565; REHFELDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 220-221; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, I, 2, cit., p. 1306; GSCHNITZER, *Schuldrecht - Besonderer Teil und Schadenersatz*, cit., p. 149; BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 121; ERMAN, in ERMAN, *Handkommentar*, I, cit., p. 535; FINKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 260; STAUDINGER-WERNER, *Kommentar*, II, 1, c, cit., p. 308 e p. 345; LEHMANN-HUBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 6ª ed., Berlin, 1966, p. 350; SOERGEL-Reimer SCHMIDT,

dolo, la critica pecchi di astrattezza, e sia anzi ingiusta: tanto più, se ci si scorda di osservare come gli stessi autori tedeschi siano riusciti a rendere proficuo ciò che hanno attinto dalle elaborazioni dei loro

---

Kommentar, § 276, Bem. 2; Mertens-Reeb, *Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen*, cit., 1972, p. 39; Hanau, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*, cit., p. 110).

Frequenti anche i rilievi sulla non necessità dell'*Absicht*, o intenzione di arrecare il danno (v. Tuhr, *op. ult. cit.*, p. 482; Titze, *op. cit.*, p. 98; Siber, *op. cit.*, p. 43; Burchard, *op. cit.*, p. 79; Oertmann, *op. cit.*, p. 106; Höhn, *op. cit.*, p. 107; Staudinger-Engelmann, *op. cit.*, p. 1625; Enneccerus-Kipp-Wolff, *op. cit.*, p. 655; Soergel-Lindemann, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin-Stuttgart-Leipzig, I, 1921, p. 828; Ehrenzweig, *op. cit.*, p. 52; Wiefels, *op. cit.*, p. 63; Rehfeldt, *op. cit.*, p. 221; Blomeyer, *op. cit.*, p. 121; Fikentscher, *op. cit.*, p. 260; Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, p. 1339; Soergel-Hahne, *op. cit.*, p. 769; Soergel-Knopp, *op. cit.*, p. 990; Soergel-Zeuner, *op. cit.*. § 823, Bem. 169; Palandt-Danckelmann, *op. cit.*, p. 227; Staudinger-Werner, *op. cit.*, p. 345), sulla sufficienza del dolo eventuale (Burchard, *op. cit.*, p. 79; Oertmann, *op. cit.*, p. 107; Endemann, *op. cit.*, p. 637, nota 6; Planck-Flad, *op. cit.*, p. 1761; Titze, *op. cit.*, p. 98; Rosenthal, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., II, p. 219; Planck-Siber, *op. cit.*, II, 1, p. 219; Staudinger-Engelmann, *op. cit.*, p. 1625; Stoll-Felgentraeger, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 203; O. v. Gierke, *op. cit.*, p. 898, nota 59; Becker, *Kommentar*, VI, *Obligationenrecht*, 1, p. 226; Molitor, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 58; W. Wussow, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, 8ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1963, p. 24; Erman, in Erman, *op. loc. ult. cit.*; Funk, *op. cit.*, p. 39; Blomeyer, *op. cit.*, p. 121; Soergel-Lindenmaier, *op. cit.*, II, p. 565; Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 124, nota 12; Soergel-Reimer Schmidt, *op. cit.*, § 276, Bem. 5; Fikentscher, *op. cit.*, p. 261; Soergel-Hahne, *op. cit.*, p. 769; Palandt-Gramm, *op. cit.*, p. 696; Rehfeldt, *op cit.*, p. 221; Soergel-Knopp, *op. cit.*, § 826, Bem. 55; Staudinger-Werner, *op. cit.*, p. 310; Rudolf Schmidt, *op. cit.*, II, p. 170), sulla necessità della coscienza della *Rechtswidrigkeit* da parte dell'agente (Puchta, *Vorlesungen*, I, cit., p. 124 e II, p. 95; Zitelmann, *Das Recht des BGB*, cit., p. 157; Burchardt, *op. cit.*, p. 79; v. Tuhr, *op. ult. cit.*, p. 484; Endemann, *op. cit.*, p. 637, nota 7; Kress, *op. cit.*, p. 343; Leonhard, *op. cit.*, p. 435; Stoll-Felgentraeger, *op. cit.*, p. 202; Larenz, *Besonderer Schuldrecht*, cit., p. 330; Soergel-Lindenmaier, *op. cit.*, p. 565; Rudolf Schmidt, *op. cit.*, p. 132; Rehfeldt, *op. cit.*, p. 222; Erman, in Erman, *op. cit.*, p. 536; Drees, in Erman, *op. cit.*, p. 1734; Blomeyer, *op. cit.*, p. 122; Lehmann-Hubner, *op. cit.*, p. 122; Fikentscher, *op. cit.*, p. 261; Horn, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, cit., p. 89; Soergel-Reimer Schmidt, *op. cit.*, § 276, Bem. 6; Soergel-Zeuner, *op. loc. ult. cit.*; Weitnauer, in *VersR.*, 1970, cit., p. 591; Mertens-Reeb, *op. cit.*, 1972, p. 40; Staudinger-Werner, *op. cit.*, p. 311; *contra*, notoriamente, Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, p. 1302, e, in base a ragioni assai diverse, Görner, *op. cit.*, p. 510), sul venir meno del dolo in caso di errore di fatto o di diritto (Puchta, *op. ult. cit.*, I, p. 128; Crome, *op.*

penalisti, solo quando l'hanno messo in diretto rapporto coi problemi sollevati dall'applicazione del § 826 del B.G.B.[26].

---

cit., I, p. 484, nota 5; v. Tuhr, *op. cit.*, p. 484; Oertmann, *op. cit.*, p. 108; Leonhard, *op. cit.*, p. 435; Id., *Besonderes Schuldrecht*, p. 600; Endemann, *op. cit.*, p. 638, nota 11; K. Wolff, *Grundriss des österreichischen Bürgerlichen Rechts*, 4ª ed., Wien, 1948, p. 59; Soergel-Lindenmaier, *op. cit.*, p. 565; Erman, in Erman, *op. cit.*, p. 536; Palandt-Danckelmann, *op. cit.*, p. 227; Staudinger-Werner, *op. cit.*, p. 346; Soergel-Hahne, *op. cit.*, p. 769; Soergel-Reimer Schmidt, *op. cit.*, § 276, Bem. 10 ss.; Eike Schmidt, *Grundlagen des Haftungs- und Schadensrechts*, cit., p. 498; Ernst Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, cit., p. 178), sull'irrilevanza dell'ignoranza delle conseguenze giuridiche dell'illecito (Biermann, *op. cit.*, p. 333; Palandt-Danckelmann, *op. cit.*, p. 227), sulla non necessità che sia stata prevista l'entità complessiva del danno (Oertmann, *op. cit.*, pp. 107-108; Staudinger-Engelmann, *op. cit.*, p. 1625; Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, p. 1304; Blomeyer, *op. cit.*, p. 122) o che il dolo sia stato diretto proprio contro la vittima (Soergel-Hahne, *op. cit.*, p. 769), sull'inutilizzabilità in diritto civile dei risultati della *finale Handlungslehre* (Lehmann-Hubner, *op. cit.*, p. 350; Weitnauer, in *VersR*, 1963, p. 113; Blomeyer, *op. cit.*, p. 122; Fikentscher, *op. cit.*, p. 549; Baumann, *Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht?*, cit., p. 518; Münzberg, *Verhalten und Erfolg*, cit., p. 158 ss.; Staudinger-Werner, *op. cit.*, p. 300 e p. 345; Soergel-Reimer Schmidt, *op. cit.*, § 276, Bem. 9; Esser, *Schuldrecht*, I, cit., p. 241; Id., *Responsabilité et garantie*, cit., p. 488; Eike Schmidt, *Grundlagen*, cit., p. 498).

[26] Al richiamo delle precisazioni offerte sul terreno dei §§ 276 e 823 BGB — v. nota precedente — si aggiungono abitualmente, nel commento del § 826, ulteriori indicazioni relative ai caratteri che ha il dolo in questo campo specifico: non sarà necessario, si afferma ad esempio, che l'autore sia stato cosciente della *Sittenwidrigkeit* del suo comportamento (Crome, *System*, II, cit., p. 1042; Burchard, *op. cit.*, p. 162; Dernburg, *Das bürgerliche Recht*, cit., II, 2, p. 799, nota 6; Staudinger-Engelmann, *op. cit.*, p. 1625; Otto v. Gierke, *Schuldrecht*, cit., p. 898, nota 59; Siber, *Grundriss*, II, *Schuldrecht*, cit., p. 455; Leonhard, *Bes. Schuldrecht*, cit., p. 578; Hedemann, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., p. 363; Larenz, *Besonderer Teil*, cit., p. 345; Molitor, *Besonderer Teil*, cit., p. 345; Lehmann-Hubner, *op. cit.*, p. 351; Niese, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, cit., p. 465; Wiethölter, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 62; Deutsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, cit., p. 149; Fikentscher, *op. cit.*, p. 578; Palandt-Gramm, *op. cit.*, p. 696; Baumann, *Verbotsirrtum und Schuldtheorie*, cit., p. 512; Medicus, *Bürgerliches Recht*, 5ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1971, p. 256; Soergel-Lindenmaier, *op. cit.*, p. 668; Soergel-Knopp, *op. cit.*, § 826, Bem. 45; *contra* v. Tuhr, *op. ult. cit.*, p. 455), né al dolo può qui ritenersi equiparabile la colpa grave (Planck-Flad, *op. cit.*, p. 1761; v. Tuhr, *op. ult. cit.*, p. 490; Stoll-Felgentraeger, *op. cit.*, p. 213; Molitor, *Besonderer Teil*, cit., p. 191; Baumann, *Verbotsirrtum und Schuldtheorie*, cit., p. 511; Deutsch, *Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbe-*

Resta però la fondatezza del rilievo, e insieme ad essa l'occasione per concludere che, se esiste uno scorcio attraverso il quale i nostri interpreti hanno continuato ad accorgersi dell'esistenza del dolo, in forma non sempre consapevole, forse, ma certo con fedeltà storica ininterrotta, questo è proprio il principio della sua equivalenza con la colpa [27]: muovere da quest'ultimo, significa quindi muovere dal solo

---

stände, in *Juristen Zeitung,* 1963, p. 385 ss., 390; PALANDT-GRAMM, *op. cit.,* p. 696), ed è necessario che anche il danno, non più soltanto l'evento, sia stato qui voluto dall'agente (ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit,* cit., p. 6, nota 10; DERNBURG, *Das bürgerliche Recht,* II, 2, cit., p. 799; ancora ZITELMANN, *Das Recht des BGB,* cit., p. 156; CROME, *System,* I, cit., p. 483; BURCHARD, *op. cit.,* p. 79; OERTMANN, *op. cit.,* p. 1075; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit,* cit., p. 146; HECK, *Grundriss des Schuldrechts,* cit., p. 452; Otto v. GIERKE, *Schuldrecht,* cit., p. 898; COSACK-MITTEIS, *op. cit.,* p. 769; LEONHARD, *Besonderer Schuldrecht,* cit., p. 577; KRESS, *Besonderer Teil,* cit., p. 312; GOETZE, *Die Vermögens-Beschädigung durch unerlaubte Handlung,* Kassel, 1930, p. 58; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 655; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. cit.,* p. 668; NEUMANN-DUESBERG, *Falsches (arbeitnehmerschonendes) Zeugnis und § 826 BGB,* in *Jurist. Rundschau,* 1956, p. 411 ss., 412; FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 578; BLOMEYER, *op. cit.,* p. 122; SOERGEL-KNOPP, *op. cit.,* § 826, Bem. 53; SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.,* § 276, Bem. 2; ESSER, *Schuldrecht,* II, cit., p. 410; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *op. cit.,* p. 1304 e p. 1339; MEDICUS, *Bürgerliches Recht,* cit., p. 256; DEUTSCH, *Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht,* cit., p. 107; diversamente ROSENTHAL, *op. cit.,* II, p. 219; v. anche SIBER, *Schuldrecht,* cit., p. 455; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* cit., p. 41; PALANDT-GRAMM, *op. cit.,* p. 696).

È facile peraltro accorgersi come queste generiche puntualizzazioni, soprattutto nei trattati più recenti, siano ormai sovrastate dall'inventario delle varie figure di *Sittenverletzung* sorte con l'applicazione giurisprudenziale del § 826, con il contemporaneo riscontro delle accezioni di dolo emergenti volta a volta nei casi: così già STAUDINGER-ENGELMANN, *op. cit.,* p. 1268 ss.; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *op. cit.,* p. 657 ss.; KRESS, *Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts,* cit., p. 313, nota 6; SOERGEL-LINDEMANN, *op. cit.,* p. 381 ss.; ed ora, con particolare ampiezza, OEGG, *Das Bürgerliche Gesetzbuch,* 10ª ed., Berlin, II, 1953, p. 755; HEDEMANN, *Schuldrecht,* cit., p. 363 ss.; MOLITOR, *Schuldrecht,* II, cit., p. 193 ss.; FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 579; PALANDT-GRAMM, *op. cit.,* pp. 717-725; DREES, in ERMAN, *op. cit.,* p. 1752 ss.; SOERGEL-KNOPP, *op. cit.,* § 826, Bem. 96 ss.; v. anche PLANCK-FLAD, *op. cit.,* p. 1763 ss.; LARENZ, *Besonderer Teil,* p. 345 ss.; SOERGEL-LINDENMAIER, *op. cit.,* p. 676 ss.

[27] Nei sintetici rilievi di WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 59 — « Die Masse der zivilrechtlichen Delikten sind Fahrlässigkeitstaten. Sie bilden das Rückgrat des Deliktsrechts, auf ihnen sollte das Deliktsrecht auch zentral aufgebaut sein. Dies müsste erst recht dann gelten, wenn mann daran ginge, Haftungsfolgen je nach Fahrlässigkeitsgrad abzustufen. Historisch

Leitmotiv che il nostro elemento conosca realmente [28].

4. Si potrebbe osservare che ciò, quand'anche vero, non diminuisce però ancora in alcun modo l'esigenza che alla nozione di dolo venga assicurato un grado di precisione conveniente: maggiore, in ogni caso, di quella propria di espressioni come malizia, *animus nocendi,* intenzione, volontà o coscienza dell'evento dannoso, che sono quelle sinora adoperate; la debolezza delle analisi correnti, in quanto segno di una mai colmata lacuna culturale, dovrebbe anzi suonare come ulteriore e decisivo invito in tal senso.

Orbene, è proprio in questo dar come scontata e fuor di dubbio la funzionalità di una definizione generale, posta all'inizio in maniera

---

hat gerade umgekehrt die fahrlässige Handlung im Banne der Vorsatztaten gestanden. Dieses Verhältnis geht wesentlich auf die Einfluss des Strafrechts zurück, wo gerade die Vorsatztat das Herzstück des Deliktsrechts bildet. Im Strafrecht haben sich Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat aber mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Straffolgen selbständig dogmatisch entwickelt. Nicht zulezt beruht hierauf der allgemeine dogmatische Vorsprung dieser Disziplin. Im Zivilrecht haben die regelmässig gleichen Folgen bei Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht nur die dogmatische Entwicklung gehemmt, sondern insbes. die Bedeutung der Vorsatztat sehr zurückgedrängt. *In aller Regel hängt sie als Möglichkeit in der Luft.* Unterschiede ergeben sich nur in den wenigen Fällen, in denen Vorsatz und Fahrlässigkeit verschieden behandelt werden. An dieser Gleichheit muss jeder Versuch scheitern, die strafrechtsdogmatischen Unterschiede von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat im Zivilrecht fruchtbar zu machen, weil sie sich immer nur im engen Rahmen bewähren und im übrigen blosses intellektuelles Training bedeuten können » — si rispecchia anche gran parte delle motivazioni e degli atteggiamenti caratteristici del nostro ambiente.

[28] Secondo PUCCINI, *Il dolo civile,* cit., p. 341, l'indifferenza tradizionalmente dimostrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per i problemi del dolo si spiegherebbe come l'effetto di un insufficiente rigore logico nell'impostazione delle questioni della causalità. A parer nostro, l'esempio delle non rare intuizioni di autori del passato proprio in ordine alla rilevanza esplicata dal dolo nel giudizio di causalità (v. *retro,* Cap. II, n. 7 e 8), toglie a questa spiegazione gran parte del suo valore. Il problema è un altro, ci pare, e non solo è più ampio, ma va anche formulato diversamente: non ci si deve chiedere come mai la dottrina, e ancor meno la giurisprudenza, non si siano accorte che il dolo può distinguersi talora dalla colpa, poiché non è vero che questa consapevolezza sia mancata per tutte le figure in questione, anche se qualche ipotesi è sfuggita all'attenzione generale; occorrerà invece domandarsi quali ragioni storiche o ideologiche — oltre ai motivi del rispetto per la lettera apparente della clausola generale — abbiano impedito lo sciogliersi di quella coscienza sul terreno dell'affermazione dei principi, consentendo o consigliando un'ininterrotta riaffermazione del dogma dell'equivalenza fra i due criteri di responsabilità.

aprioristica, che si annida l'equivoco più serio dell'obiezione cui stiamo rispondendo [29]. E questo è anche il difetto d'origine delle varie impostazioni che in dottrina — una volta preso atto del silenzio serbato al riguardo dall'art. 2043 cod. civ., come della scarsa o nessuna utilizzabilità degli elementi di cui all'art. 1439 cod. civ. — si adottano per risolvere il problema: sia poi la via, che in concreto si presceglie, quella di un rifugio nelle più note proposizioni del passato, come sopra dicevamo [30]; o quella dell'affermazione del valore immediato, anche sul terreno del risarcimento del danno, della formula dell'articolo 43 del codice penale, come usa fare talvolta la giurisprudenza [31]; o quella di una dichiarazione di sfiducia nei confronti di questo indice normativo, variamente motivata [32], e che ha l'effetto di rimettere la fondazione del concetto di dolo a un'elaborazione di tipo dogmatico [33]; o altre ancora.

Nessun dubbio che, nel quadro di un sistema dove il dolo sia sprovvisto di rilievo — e dove, quindi, il risultato cui si approda è garantito, nella sua esattezza, dalla sua stessa concreta inservibilità —, ognuno di quei procedimenti possa rivelarsi adeguato e pertinente: e non è un caso, infatti, che tale sia sempre apparso anche l'ordinamento italiano, agli autori delle indagini accennate, come dimostra

[29] Fondamentale K. WOLFF, *Verbotenes Verhalten*, cit., pp. 212-221.

[30] *Retro*, nota 18. E v. anche SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 346 ss.

[31] Richiami in CASETTA, *L'illecito*, cit., p. 42, nota 81, che condivide tale impostazione. Così anche QUAGLIARIELLO, *Sulla responsabilità da illecito*, cit., p. 30; POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, 2ª ed., Milano, 1969, p. 8; MESSINEO, *Manuale*, cit., V, p. 539; C. F. GROSSO, *Sulla rilevanza di principi e norme penali*, cit., p. 67; OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., p. 106; TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., p. 505; ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 11; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 104; RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 642.

[32] È sufficiente un rinvio a GALLO, *Il dolo, oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, p. 149 ss. e p. 237 ss. Recentemente LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 333. In generale anche STOLL-FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*, cit., p. 194; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, cit., p. 135; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 64; STAUDINGER (-WERNER), *Kommentar*, II, 1, c, cit., p. 301; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 239.

[33] Così, ad esempio, GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, cit., p. 185 ss.; DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1961, p. 14; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 178; MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 566 ss.; COPPA-ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 148 ss.; ZICCARDI, *op. cit.*, p. 143 ss.

il consenso da essi mai negato, implicitamente o esplicitamente, al principio dell'equivalenza.

Ma è altresì certa l'improprietà di tali approcci nel caso in cui la situazione sia diversa — e tale è appunto il nostro sistema — per la presenza di illeciti di dolo. Non solo per l'eventualità che, in una materia così ricca di apporti giurisprudenziali, qual è questa della responsabilità civile, e priva alla base di una qualche definizione normativa vincolante, la nozione di dolo applicata sia diversa da quella che si porrebbe con strumenti puramente teorici: ciò che lascerebbe forse ancora intatta la possibilità di ammettere un concetto unitario di dolo, e muterebbe soltanto gli indici di cui servirsi per ricostruirla. Ma per l'ulteriore eventualità che la nozione di dolo giuridicamente rilevante — e si consideri come, oltre alla giurisprudenza, anche il legislatore parli spesso di scienza, reticenza, frode e malafede per indicare realtà senza dubbio vicine al dolo — non sia nemmeno la stessa in ciascuna delle singole occasioni: la qual cosa renderebbe addirittura impossibile l'edificazione e il mantenimento di una definizione generale, o le conferirebbe, comunque, un valore puramente astratto e orientativo.

Così, per fare solo alcuni esempi, sono evidenti i disagi cui va incontro la concezione più arcaicizzante del dolo, quella cioè che pone l'*animus nocendi* come suo elemento caratteristico ed essenziale [34], nei

[34] Per essa, ad esempio, ZEILLER, *op. cit.*, III, 2, p. 252 e p. 297; PROUDHON, *Usufrutto*, II, cit., p. 11; NIPPEL, *op. cit.*, VIII, 1, pp. 80-81; ARNDTS, *Pandette*, I, cit., p. 151; WINIWARTER, *op. cit.*, IV, p. 592; SOURDAT, *Traité*, I, cit., p. 418; CATTANEO, *Il codice civile*, cit., p. 846; KUHLENBECK, *Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Berlin, I, 1899, p. 576; MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa*, cit., p. 201 s.; STUBENRAUCH, *Commentar*, II, cit., p. 641; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, I, cit., p. 39, p. 43 e p. 276; FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, cit., p. 360 (che parla di « intenzione dolorosa »); PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, IV, cit., 1, p. 223; ASCOLI, *Istituzioni*, cit., p. 184; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., p. 119.

Recentemente, ancora, ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 378; SEGUR, *La notion de faute contractuelle en droit civil français* (*Étude jurisprudentielle*), Gap, 1957, p. 140 ss.; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni*, cit., p. 518; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, cit. (ma qui dalla 2ª ed., rist., Paris, II, 1953), p. 199; MESSINEO, *Manuale*, V, cit., p. 533; SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 346; JAMBU-MERLIN, *Dol et faute lourde*, cit., p. 92; MAIELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 173; BOUILLENNE, *La responsabilité civile extracontractuelle devant l'évolution du droit*, Bruxelles-Paris, 1947, p. 160; BRANCA, *Istituzioni*, cit.,

casi in cui già la consapevolezza del prossimo verificarsi del danno, anche in mancanza di un preciso desiderio al riguardo, è ritenuta idonea a far sorgere la responsabilità: stante la difficoltà di riparare sotto l'egida nominale della colpa un dato psicologico che è rimasto del tutto inerte all'interno del soggetto che ha operato, senza ispirare alcuna contromisura [35]. D'altro canto, quando si insiste, come spesso avviene [36], nel sottolineare l'incomunicabilità tra le due nozioni di dolo « vizio del volere » e dolo « elemento dell'illecito », si dimentica che, proprio in caso di dolo incidentale (art. 1440 cod. civ.), il contraente in malafede è tenuto a risarcire all'altra parte danni che certamente hanno natura aquiliana [37]: senza poi dire dell'altra responsabilità che, anche in caso di dolo *causam dans*, può accompagnarsi all'annullamento del contratto [38]. E, in generale, tutte le pre-

p. 581; DE JUGLART, *Cours de droit civil,* II, cit., p. 208; H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil,* 3ª ed., Paris, II, 1966, § 446; H. e L. MAZEAUD e TUNC, *Traité,* I, cit., p. 470; NGUYEN THANH-BORUGEAIS, *Contribution,* cit., p. 508.

[35] OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 107.

[36] CARNELUTTI, *Teoria del falso,* Padova, 1935, n. 16, p. 30; SACCO, *Buona fede,* cit., p. 102; TRABUCCHI, *Il dolo,* cit., p. 361, nota 1; JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé,* Paris, 1928, p. 117; BIGIAVI, *Dolo e « sorpresa »,* cit., p. 88; AGATSTEIN, *Le dol des incapables,* cit., p. 83 ss. e p. 121; LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., p. 585; BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito,* cit., p. 175. In giurisprudenza, Cass. 26 aprile 1938, n. 1411, in *Foro it., Rep.,* 1939, voce « *Obblig. e contratti* », n. 166; App. Napoli, 16 febbraio 1936, *ivi,* 1936, voce cit., nn. 124-125; App. Milano, 13 marzo 1929, *ivi,* 1929, voce cit., n. 47.

[37] Qualche autore (ad esempio BIGIAVI, *Dolo e « sorpresa »,* cit., p. 93) preferisce un inquadramento sul terreno dell'art. 1337 (allo scopo dichiarato di giustificare una rilevanza della reticenza anche colposa); ma cfr. BARBERO, *Sistema,* cit., II, p. 856; V. BIONDI, *Dolo e violenza nei contratti,* cit., p. 135 ss.; VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats,* cit., p. 124 e p. 180, nota 3; P. HUGUENEY, *Responsabilité civile du tiers complice,* cit., p. 232; SOLON, *Trattato delle nullità,* cit., p. 60; H. MAZEAUD, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1929, p. 596; PLANIOL, *Dol civil et dol criminel,* cit., p. 553; SCADUTO-RUBINO, voce « *Illecito (Atto)* », in *Nuovo dig. it.,* Torino, VI, 1938, p. 707; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano,* Napoli, 1949, p. 29; DABIN-LAGASSE, in *Rev. crit. jurispr. belge,* 1959, p. 178; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* III, cit., p. 24; GHESTIN, *Note* a Ch. com., 14 mars 1972, in *Dalloz,* 1972, *Jurispr.,* p. 653; GORPHE, *Le principe,* cit., p. 50; TRABUCCHI, *Il dolo,* cit., p. 328; MAIORCA, *Colpa civile,* cit., p. 605; VISINTINI, *La reticenza,* cit., p. 120.

[38] Sul carattere delittuale di questa responsabilità, da ultimo, HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme,* cit., p. 218.

cisazioni [39] circa l'estraneità dell'idea di raggiro alla nozione di dolo extracontrattuale — seppure esatte in linea di massima — trascurano però il fatto che è proprio la presenza di un inganno a conferire il connotato di antigiuridicità a comportamenti come la seduzione o come lo spoglio effettuato a mezzo dell'ufficiale gudiziario [40].

Anche la convinzione prevalente presso la dottrina [41], e per la quale nel campo dell'illecito dominerebbe ormai una sola accezione di dolo — ossia quella di dolo generico, spoglia da ogni elemento di intenzionalità —, finisce per ignorare del tutto fenomeni come gli

[39] CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 176; MOLITOR, *Allgemeiner Teil,* cit., p. 58.

[40] Per la necessità dell'inganno, in questo secondo caso, Cass. 31 gennaio 1958, n. 342, in *Foro pad.,* 1958, I, c. 1159. Analogamente, per quanto concerne la seduzione, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts,* II, *Besonderer Teil,* cit., p. 348. Così, ancora, riferendosi al *passing off,* FLEMING, *An introduction,* cit., p. 220 (« ... consumer deception actual or calculated is a necessary condition of liability... »); e a proposito del *fraudolent misrepresentor* che carpisce il consenso dell'avente diritto, BOHLEN, *Consent as affecting civil liability for breaches of the peace,* in *Col. law rev.,* 1924, p. 819; *Restatement of torts,* I, cit., p. 31, p. 109 ill. 2 e 3, p. 415, p. 565; IV, cit., § 892, comment *d.* Sulle caratteristiche di dolo negoziale del « dolo » che impedisce alla vittima dell'errore giudiziario di ottenere la riparazione (art. 571 cod. proc. civ.), TRANCHINA, voce « *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari* », in *Noviss. dig. it.,* XV, 1968, p. 1195. Rilievi analoghi e altri esempi in JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité,* cit., p. 369 ss.

[41] CASETTA, *L'illecito,* cit., p. 43; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza,* cit., p. 179; MAIORCA, *Colpa,* cit., p. 566; CIANCOLA, voce « *Dolo* », in *Enc. giur. it.,* cit., p. 470. In giurisprudenza, Cass. 30 giugno 1954, n. 2244, in *Giur. it., Rep.,* 1955, voce « *Responsabilità civile* », n. 193. E ancora SALEILLES, *La responsabilité du fait des choses inanimées,* cit., p. 53; JENKS, *Digeste,* I, cit., p. 225; POLLOCK, *The law of torts,* cit., p. 23 (« Harm done without excuse cannot be made more wrongful than it is by the addition of bad faith or personal ill-will, nor made lawful by its absence »); HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht,* II, cit., p. 154; P. ESMEIN, in AUBRY e RAU, *Droit civil français,* VI, cit., p. 432; ID., in PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique,* VI, *Obligations,* 1, cit., p. 696; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni,* II, cit., p. 458 s.; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità,* cit., p. 98; di nuovo CIAN, « *Lata culpa dolo aequiparatur* », cit., p. 152; LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., p. 584 (v. però *ivi,* p. 595); BRASIELLO, *I limiti,* cit., p. 36; FORCHIELLI, *Responsabilità civile,* I, cit., p. 29; SCOGNAMIGLIO, voce « *Responsabilità civile* », cit., p. 640; GHESTIN, *La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance responsabilité,* in *Dalloz,* 1973, *Chron.,* p. 31 ss., 33; FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano,* cit., pp. 421-422; ZICCARDI, *op. cit.,* p. 163 ss.

atti emulativi, il *dumping*, il boicottaggio, la concorrenza per annientamento: la cui sanzionabilità, sotto il profilo dei danni, appare invece vincolata normalmente alla dimostrazione dell'aver l'autore agito proprio allo scopo di nuocere alla vittima [42] (non bastando cioè il semplice proposito di assicurare un vantaggio a se stessi) [43]. E deve ancora ricordarsi come, sul terreno del nesso causale, per quanto attiene all'imputazione di taluni eventi eccezionali, il giudizio di responsabilità possa sovente risolversi in maniera positiva solo quando sia certo che il convenuto ha deliberatamente mirato a provocare quel

---

[42] Cfr. v. TUHR, *Partie générale,* I, cit., p. 328, nota 41; HARPER e JAMES, *The law of torts,* cit., p. 345; FLEMING, *An introduction,* cit., p. 219; STREET, *The law of torts,* cit., p. 345.

In certe altre ipotesi può non essere necessaria la prova di un effettivo *animus nocendi,* ma occorrerà che il dolo si sia manifestato con talune modalità esteriori: v. ad esempio il *Restatement of torts,* IV, cit., § 870, ove si specifica che nel caso in cui A sia riuscito a farsi vendere da B un oggetto che egli sapeva esser desiderato — e già corteggiato — da C, A potrà esser fatto responsabile verso C soltanto ove risulti che egli ha agito « by the use of force or unlawful means ».

[43] Cfr. Trib. Milano 17 luglio 1967, in *Giur. it., Rep.,* 1967, voce « *Concorrenza* », n. 32; App. Milano 14 settembre 1963, in *Foro it., Rep.,* 1965, voce « *Concorrenza* », n. 119; App. Milano 21 settembre 1963, *ivi,* 1964, v. cit., n. 95; Cass. 18 luglio 1967, n. 1824, in *Giur. it., Rep.,* 1967, v. cit., n. 25. Per gli atti emulativi v. le sentenze citate *retro* Cap. II alla nota 1. V. anche le decisioni riportate *retro,* Cap. II alla nota 41, in tema di storno dei dipendenti (e richiami ulteriori in UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica,* in *Riv. dir. ind.,* 1975, p. 105 ss., 159, nota 109).

La dottrina industrialistica, soprattutto quella più recente (Ghidini, Marchetti), è contraria all'insistenza sul carattere soggettivo di questi illeciti concorrenziali. La Cassazione — sent. 17 gennaio 1974, n. 125, in *Arch. resp. civ.,* 1974, p. 226 — ha peraltro riaffermato ultimamente che « lo storno dei dipendenti in tanto assurge ad atto di concorrenza sleale, ossia difforme ai principi della correttezza professionale, in quanto sia posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare se non supponendo l'*animus nocendi,* ossia appunto l'intenzione di disgregare e disorganizzare l'azienda del concorrente », precisando inoltre che « se è questo il ruolo che dottrina e giurisprudenza assegnano a un *animus nocendi* nella qualificazione di cui si tratta, non può non apparire arbitrario e pericoloso stemperarne il contenuto equiparando... alla intenzionalità dell'evento dannoso la semplice consapevolezza, da parte dell'autore, della idoneità degli atti posti in essere a danneggiare l'azienda concorrente, anche quando il suo intento si dirige esclusivamente a rafforzare la propria organizzazione ».

dato accadimento: di nuovo risultando insufficiente una generica coscienza del suo probabile avverarsi [44].

Si tratta solo di poche e brevi note, ma che già attestano, abbastanza chiaramente, a quante differenti sconfessioni potrebbe esporsi una formula unitaria [45]. Troppo varie e numerose, a ben vedere, perché il suo stesso apparente maggior pregio — quello di una certa immediatezza scolastica — non debba poi finire per sembrare un veicolo di sola confusione [46].

---

[44] Particolarmente esplicito, al riguardo, Mc GREGOR, *On damages,* cit., p. 81, il quale conclude che « perhaps all that can be said is that the courts will be less likely in an uncertain case to hold the defendant free from liability for damage following upon the intervening act where it is clear that he intended that damage, especially if his intention was malicious »; e cfr. PROSSER, *Handbook of the law of torts,* cit., p. 31, che sottolinea come il carico imposto al danneggiante, nelle pronunce delle corti americane, tenda ad essere « least where his conduct is merely inadvertent, greater when he acts in disregard of consequences increasingly likely to follow, greater still when intentionally invades the rights of another under a mistaken belief that he is committing no wrong, and greatest of all wher is motive is a malevolent desire to do harm ». In senso analogo, con riferimento a una famosa decisione sudafricana, WATERMAYER, *Causation and legal responsibility,* in *South afr. law journ.,* 1941, p. 232 ss.; e si vedano HART e HONORÉ, *Causation in the law,* cit., pp. 272-273.

[45] Cfr. anche sul terreno dell'art. 1225 cod. civ., l'accurata indagine di LUPOI, *Il dolo del debitore,* cit., il quale mette in luce (da p. 393 a p. 472) la varietà dei tipi di dolo volta a volta richiesti dalla giurisprudenza, e conclude (p. 493) rilevando la presenza di almeno tre profili diversi di comportamento doloso nell'inadempimento. Analoghe le conclusioni di VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats,* cit., p. 185 ss. Si veda poi GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers,* cit., p. 94 ss., che illustra efficacemente come « chacun des étalons adoptés pour l'appréciation plus ou moins sévère de la mauvaise foi » corrisponda, nei « délits de fraude », alla « possibilité plus ou moins large pour les tiers de se reinsegner sur le droit subjectif qu'ils sont susceptibles de léser » (ma allora anche BOULANGER, *Des conflits entre droits personnels non soumis à publicité,* in *Rev. trim. droit civ.,* 1935, p. 545 e p. 550; e, per un accenno da noi, FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo,* cit., p. 111).

[46] Cfr., in vario modo, PUCCINI, *Il dolo civile,* cit., p. 11; PROTETTÌ, voce « *Dolo* » (*dir. civ.*), in *Enc. for.,* Milano, III, p. 363; GORPHE, *Le principe,* cit., p. 60. Significativa anche l'impostazione di DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt,* cit., p. 148 ss., sulla cui orma, tra gli altri, SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *Kommentar,* II, cit., § 276, Bem. 15. Meno efficace un richiamo alla sistematica di quegli autori austriaci che, all'interno del dolo — e in considerazione dei rispettivi effetti (*infra,* Cap. VIII, nota 18) — distinguono fra *böse Absicht* e *Mutwille-Schadenfreude*: per qualche riscon-

5. Di qui la necessità, per la ricerca, di modificare i termini dell'impostazione convenzionale — e diremmo senz'altro rovesciarli, se non fosse che neppure viene svolta d'abitudine una seconda parte del discorso —; anteponendo a platoniche dissertazioni di principio

---

tro, ad ogni modo, PFAFF, *Zur Lehre von Schadenersatz,* cit., p. 30; KRASNOPOLSKI, *Österreichisches Obligationenrecht,* cit., p. 157; HASENÖHRL, *op. cit.,* II, p. 156; SWOBODA, *Das Recht der Schuldverhältnisse,* cit., p. 75. Ma è proprio la varietà di espressioni utilizzabili per designare il dolo — varietà che si riincontra puntualmente nel linguaggio degli stessi legislatori — ad orientare tanti scrittori di lingua tedesca verso definizioni aperte e poco rigide (cfr. BIERMANN, *op. cit.,* pp. 333-334; KOHLER, *Schuldrecht,* cit., p. 30; COSACK-MITTEIS, *op. cit.,* II, p. 283; OFTINGER, *op. cit.,* p. 124, nota 12; STAUDINGER-WERNER, *op. cit.,* pp. 310-311; e di nuovo SOERGEL-Reimer SCHMIDT, *op. cit.,* § 276, Bem. 4). Sulla necessità di una vera e propria « *Schädigungabsicht* », perché possa venir meno l'esonero dalla responsabilità di cui al § 276, 2° comma, BGB, v. in particolare ESSER, *Schuldrecht,* I, cit., p. 242 (efficacia del patto limitativo, dunque, se un giardiniere distrugge alcune piante costose credendole senza valore); in senso analogo, DEUTSCH, *Privilegierte Haftung,* cit., pp. 710-711, il quale estende in generale l'« eccezione » del § 826 — danno come oggetto necessario del dolo — a tutte le ipotesi di *Haftungsbeschränkung* disciplinate nel BGB. Anche chi — sempre fra gli interpreti tedeschi — insiste sulle differenze strutturali fra dolo penale e dolo nella responsabilità civile (*Schuldtheorie* e *Vorsatztheorie*), riconosce d'altra parte che, allorquando l'obbligo risarcitorio è condizionato da una disposizione penale — ad esempio, per il § 823, 2° comma, se la *Schutznorm* appartiene a quel ramo del diritto —, l'accertamento del dolo deve svolgersi secondo i criteri penalistici (per tutti BAUMANN, *Schuldtheorie und Verbotsirrtum,* cit., p. 511; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 62, nota 212; ID., *§ 823 II BGB und die Schuldtheorie,* in *Juristen Zeitung,* 1963, p. 205 ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht,* cit., p. 262; SOERGEL-ZEUNER, *Kommentar,* § 823, Bem. 340, p. 958; diversamente solo GEILEN, *Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht?,* cit., p. 13; WEITNAUER, in più occasioni, e comunque *§ 823 II BGB und die Schuldtheorie,* in *Juristen Zeitung,* 1963, pp. 631-632). Unanime poi l'osservazione per cui l'errore sulla *Rechtswidrigkeit* esclude il dolo ex § 823, mentre l'errore sulla *Sittenwidrigkeit,* per quanto concerne il § 826, rimane normalmente irrilevante (cfr. MOLITOR, *Besonderer Teil,* cit., p. 192; NIESE, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht,* cit., p. 465, che osserva come dottrina e giurisprudenza finiscano in tal modo per applicare, ed in un campo tanto ampio qual è quello signoreggiato dal § 826, la *Schuldtheorie* in luogo della *Vorsatztheorie*; e la circostanza che la *Sittenwidrigkeit* venga considerata dai più nient'altro che una forma di *Rechtswidrigkeit,* conferisce a questa opposta disciplina sull'errore l'effetto di approfondire ulteriormente la distanza tra i due doli; indicativa anche la conclusione di MERTENS-REEB, *Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlungen,* cit., 1972, p. 40, secondo i quali il problema dell'errore per il dolo andrebbe risolto « nach Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift »).

una ricognizione dei singoli significati che il dolo assume nei casi in cui rileva; e riservando per ultimo, e cioè a dopo il compimento dell'analisi, il problema di vedere se esista, e quale sia, il denominatore comune delle diverse indicazioni offerte [47].

Un'ottica del resto familiare a chi rammenti come si sia ormai consolidata, nella letteratura francese degli ultimi decenni, la prassi che risolve la trattazione della *faute délictuelle* in un semplice rendiconto della c. d. *gamme des fautes* (e cioè *faute intentionnelle, dolosive, volontaire, inexcusable* etc.: ciascuna, dal legislatore o dalla giurisprudenza, incaricata di operare per tipi particolari di lesione) [48].

---

[47] JOSSERAND, *De l'esprit des droits,* cit., p. 373 s. (« Il faudrait donc se garder de voir dans l'intention de nuire un bloc indivisible, concentrant dans son unité tous les mobiles malveillants, malicieux, délictueux: l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer montre que ce bloc est fait de matériaux très divers entre lesquels une discrimination doit être faite »); FUZIER-HERMAN, *Code civil,* IV, cit., p. 157; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 41 (« The cases in which motive may be material in tort show that the term should not be used indiscriminately. As in crimes where *mens rea* is essential, the character of the motive varies with the individual tort and it is vital to analyse it in connection with the particular class of liability »).

[48] Cfr. LALOU, *La gamme des fautes,* in *D. H.,* 1940, *Chr.* p. 20; ID., *Traité pratique de la responsabilité civile,* cit., p. 286 ss.; STARCK, *Essai* cit., p. 423; RODIÈRE, *La responsabilité civile,* cit., p. 22; SAVATIER, *Traité,* cit., I, p. 37 ss., p. 216 ss.; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil,* cit., II, 1, p. 420 ss.; CARBONNIER, *Théorie,* cit., p. 362; VINEY, *Le déclin,* cit., p. 320 ss.

In particolare, si distingue tra: a) *faute très légère,* secondo alcuni sufficiente per l'art. 1382; b) *faute légère,* rilevante in materia di mandato e deposito; c) *faute volontaire* (e cioè, press'a poco, colpa cosciente) che è esclusa dalla garanzia assicurativa per i danni arrecati da alcuni funzionari pubblici: d) *faute grave* (consistente nel creare, sia pur inconsciamente, un rischio notevole di danno), alla cui prova è condizionata la responsabilità dell'affittuario dei fondi rustici; e) *faute inexcusable* (la più discussa, e accostabile al dolo eventuale), che esclude o aumenta l'indennità dovuta al prestatore in caso di infortunio, a seconda che sia stato il lavoratore o l'imprenditore a commetterla; f) *faute lourde,* vicina alla nostra colpa grave, e come questa talora distinta, talora equiparata al dolo; g) *faute intentionnelle* (volontà di cagionare l'evento lesivo), che non può mai essere oggetto di assicurazione; f) *faute dolosive* (quando il fine di nuocere è il movente esclusivo dell'atto dannoso), che è considerata autonomamente in una serie di articoli di legge; h) *fraude,* anch'essa necessaria per la responsabilità in taluni casi.

È assai vivo, naturalmente, il dibattito sul valore e sul significato di queste distinzioni. Per qualche approfondimento, JAMBU-MERLIN. *Dol et faute lourde,* cit., p. 89; JOSSERAND, *La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession,* in *Dalloz,* 1939, *Chr.,* p. 31; VERON, *De la faute inexcusable au regard*

E ancora potremmo richiamarci, più ampiamente, alle vedute di chi, nel frammentarsi in tanti illeciti distinti, si è ormai da tempo abituato a riconoscere una vocazione dell'istituto aquiliano non meno autentica di quella che si esprime nelle sue vaste prescrizioni generali [49].

---

de la législation du travail, in *Rev. Ass.*, 1943, p. 315; SAUVAGE, *La faute lourde*, in *Dalloz*, 1939, *Chr.*, p. 25; L. MAZEAUD, *L'assimilation de la faute au dol*, in *Dalloz*, 1933, *Chr.*, p. 49 ss.; LECOMPTE, *La responsabilité du plaideur envers son adversaire en matière civile et commerciale*, in *Rev. crit.*, 1938, p. 481 ss.; ROBLOT, *La faute lourde en droit privé français*, in *Rev. trim.*, 1943, p. 1 ss.; CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Paris, 1949, p. 235; CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., n. 355 ss.; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude*, cit., p. 59 ss.; ancora JOSSERAND, *Les mobiles*, cit., pp. 228-229; AGATSTEIN, *Le dol des incapables*, cit., p. 79 ss.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, cit., § 953, p. 357 ss.; DALCQ, *Traité*, I, cit., p. 168 ss.; GOURDON, *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*, cit., p. 121 ss.; DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto*, cit., p. 109 ss.; DE JUGLART, *Cours de droit civil*, II, cit., p. 208 ss.; CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes*, cit., p. 94 ss.; WOOG, *La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit*, Paris, 1972, p. 50 ss.; BRIÈRE DE L'ISLE, *La faute intentionnelle*, cit., p. 259 ss.; NGUYEN THANH-BOURGEAIS, *Contribution*, cit., p. 499 e p. 510 ss.; GHESTIN, *La faute intentionnelle*, cit., p. 31 ss.; PUECH, *L'illiceité*, cit., p. 78 ss.; AUBERT, *Note* a Ch. civ. 12 juin 1974, in *Dalloz*, 1975, *Jurispr.*, p. 173 ss.; PENNEAU, *op. cit.*, p. 125 ss., 136 ss.

[49] Un riconoscimento mai assente, a ben vedere, in coloro che scrivevano sotto l'impero del codice del '65, e ai quali si può semmai rimproverare una « distrazione » nel rendiconto della casistica pari solo all'imperturbabilità con cui, in sede di parte generale, si è continuato a insistere sul valore assoluto di alcuni dogmi. Anche in Germania, certi rimpianti per la mancata scelta del legislatore a favore dell'atipicità degli illeciti, non impediscono a chi li esprime di dar atto che proprio l'applicazione dei §§ 823, 2° comma e 826 del BGB ha condotto alla nascita di figure di responsabilità sempre nuove e differenti. Quanto alla letteratura francese, l'ammirazione per il modo con cui la giurisprudenza ha saputo assolvere i suoi compiti è ormai da un secolo persino superiore all'orgoglio per la larghezza di vedute dimostrata dai redattori del *code Napoléon*, mentre i richiami al ruolo che la dottrina può ancora svolgere muovono tutti dalla consapevolezza della varietà di combinazioni ritrovabili nel campo del torto. E, venendo agli scrittori di *common law*, è appena il caso di precisare come certe confessioni di invidia per gli ordinamenti in cui opera una clausola generale debbano valutarsi nel quadro in cui sono espresse, e cioè come voti o come ipotesi per una possibile codificazione, senza potersi scambiare come segni di autentica stanchezza verso il sistema dei *torts*.

Per la dottrina italiana più recente, e pur nel diverso atteggiamento dinanzi al *neminem laedere*, cfr. soprattutto SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*,

Ma una riprova ancora più diretta ci sembra venga da alcune riflessioni su un problema ulteriore che si annuncia: e cioè quello della validità o meno dell'ipotesi — suggerita da questi primi accertamenti, ma bisognosa di un controllo più profondo — secondo cui l'entità del dolo necessaria per la condanna dell'agente, e diversa per le singole occasioni, dipenderebbe dal maggior o minor valore del bene offeso, ponendosi in rapporto inverso ad esso [50]; sicché a misura

---

cit., p. 1439; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 150; TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 98 ss.; SCHLESINGER, *La « ingiustizia » del danno nell'illecito civile*, cit., p. 347. Ma si possono ancora ricordare BETTI, *Teoria generale delle obbl.*, cit., III, p. 153 (per quanto è implicito nel prospettato criterio della correlatività), MAIORCA, *Colpa*, cit., p. 557 (per la distinzione tra le fattispecie in cui operino criteri di imputazione causale differenti), RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 127 ss. (per l'opposizione contro ogni gerarchia tra i vari criteri di responsabilità), SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 12 (in cui lo scetticismo sul valore di ogni definizione dell'ingiustizia sfocia nell'invito a un'indagine analitica « con particolare riguardo alle ipotesi limite »).

Poco importa, in questa sede, domandarsi se ciò che unisce la nostra dottrina, sul punto in esame, sia più importante di ciò che la divide. Poco stabilire se il fatto che il seduttore doloso e il proprietario dell'edificio rovinato sono entrambi responsabili di un danno sia più o meno significativo delle ragioni, evidentemente diverse, che giustificano nei due casi l'affermazione dell'obbligo risarcitorio. Per il momento, basterà mettere in chiaro come la tipicità, una volta posta in relazione con la responsabilità, e non con l'ingiustizia, o con le cause di giustificazione, o con i criteri di imputazione o con altri elementi della fattispecie, sia perfettamente compatibile con l'accettazione dell'*alterum non laedere* o col riconoscimento del valore primario dell'art. 2043: e in tale quadro la sua funzione, seppur non irrinunciabile, visto che non è essa a decidere se danni nuovi siano o meno risarcibili, appare ugualmente preziosa, poiché viene così offerto il piano su cui poter conoscere perché in quel certo caso è stata affermata la responsabilità, perché è stato scelto un certo titolo invece di un altro, e cioè per sapere come gli elementi della fattispecie illecita si sono concretamente strutturati fra loro.

[50] Fin d'ora, tra gli altri, TERRY, *Proximate consequences*, cit., pp. 13-14; CAPITANT, *Sur l'abus des droits*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1928, p. 365 ss., 375; SEAVEY, *Principles of tort*, cit., p. 83; ID., *Candler v. Crane, Christmas & Co. - Negligent Misrepresentation by accountants*, cit., p. 469; *Restatement of torts*, I, cit., pp. 25-26; HALE, *Prima facie torts, combination, and non-feasance*, cit., pp. 196-97; P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 696; COLYER, *A modern view*, cit., p. 30 (« ... interests which are protected are not protected against all damage caused by the defendant's acts — some interests are protected against certain types of conduct, others against other types of conduct »); STREET, *The law of torts*, cit., p. 6 (« ... if the interest interfered with is rated so low in the hierarchy of tort-protected interests that

che quest'ultimo decresce, e che più incerta appare l'ingiustizia obiettiva del fatto dannoso, salirebbe la dose di malizia che deve aver accompagnato la condotta perché questa possa giudicarsi illecita [51]: e viceversa.

---

only malicious invasions are forbidden, that will be a case where malice will be essential to liability... »); HELLNER, *La nouvelle loi suédoise sur la responsabilité civile,* in *Rev. int. dr. comp.,* 1973, p. 686 ss., 688.

Si vedano anche HARPER e JAMES, *The law of torts,* cit., *passim* — e comunque p. 492 — nei quali appare però meno interessante, proprio perché più risaputa e quasi ovvia, la correlazione tra posizione del *defendant* e grado di colpevolezza necessario per la responsabilità. Analogamente FLEMING, *An introduction* cit., p. 194, che rileva come la differenza di titolo fra *false inprisonment* (colpa) e *malicious prosecution* (dolo) sia appunto dovuta « entirely to the disparate weight of the countervailing interest represented by the defendant » (così già SEAVEY, *Principles of tort,* cit., p. 94); e resta poi il classico esempio dei conflitti di lavoro, dove, considerando che « almost every stryke aimed at one business entity is known almost certainly to prejudice its performance of contract commitments to others », e che d'altra parte « it would be an undue deterrent to ' direct industrial action ' ... to expose the strike to liability to such others », occorrerà che lo sciopero sia stato « specifically aimed at them rather than the first », non potendo certamente bastare la coscienza di recar danno (ancora FLEMING, *op. loc. ult. cit.*). Altri accenni, nello stesso ordine di idee, in MERZ, *Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem,* in *Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein,* Bern, 1955, p. 312 ss.; succintamente, OFTINGER, op. cit., p. 115.

[51] Cfr. le indicazioni di DELYANNIS, *La notion,* cit., p. 48 ss. L'autore fa l'esempio dell'*acte de méchanceté* — dell'atto che cioè un soggetto compie « dans le but unique de nuire à autrui et sans aucun intérêt pour soi-même » — e osserva come qui un'indagine sull'elemento obiettivo dell'illecito non abbia propriamente ragion d'essere: ciò in quanto « cet acte implique, en effet, à lui-seul, une déloyauté, une injustice et cela en raison de l'inégalité patente des intérêts en présence »; donde la possibilità di concludere che esso costituisca « sans autre condition, l'élément matériel d'un délit civil ». La necessità dell'*animus nocendi,* che rappresenta la caratteristica di questa figura, si spiega d'altra parte in base alla considerazione dello scarso valore dell'interesse che è stato leso al danneggiato. Invece, prosegue Delyannis, nelle fattispecie disciplinate dal § 826 BGB e dal 2° comma dell'art. 41 del CO svizzero, non vi è motivo per interpretare restrittivamente, e cioè nel senso di intenzione esclusiva di nuocere, le espressioni « *vorsätzlich* » e « *absichtlich* »: poiché qui un elemento obiettivo, sia pur fluido qual è quello della *Sittenwidrigkeit,* è necessario per integrare la previsione della norma, l'illecito può aversi anche nel caso in cui una vera e propria volontà di nuocere sia mancata nell'agente. Ecco perché, conclude l'autore, nel caso di lesione di uno dei beni che rientrano nel *domaine garanti* della persona, la responsabilità non postula una particolare qualificazione soggettiva della condotta del danneggiante: mentre è normalmente necessaria una « déloyauté » quando ad essere colpita sia stata la generica libertà di decisione

Non è soltanto un'esigenza di conoscere, che può spronare ad approfondire questo punto: è soprattutto la necessità di rispecchiare, in un possibile principio generale, la stessa varietà che l'esperienza dimostra esistere dietro il termine di dolo. Che i due problemi sian l'uno all'altro collegati, che perciò il *quid* vada cercato insieme al *quia,* ci sembra inutile sottolineare espressamente. Quanto alla sede di una simile verifica, è anche chiaro ch'essa non può essere se non un'indagine di parte speciale; posto che già rientra fra i suoi compiti, secondo quel che s'è fissato appena sopra, l'individuazione di ciò che, sul piano oggettivo, vale a distinguere lo schema di ogni illecito di dolo rispetto al modulo ordinario di torto colposo: il che comporta d'altro canto, e suppone anzi avvenuta previamente, un'identificazione degli elementi strutturali di tutte quelle singole figure.

---

del soggetto (p. 147), la « personnalité économique » (p. 149), l'« honneur sexuel » (p. 150), « le droit à la réputation » (p. 152).

Interessante, per certi versi, anche la regola tendenzialmente dominante nel diritto anglo-americano, secondo cui il danno collegato a una lesione del diritto all'integrità fisica, e cioè a una situazione che riveste un carattere primario nella scala di valore tra i diversi interessi, è riparabile a qualsiasi titolo anche se esso sia stato imprevedibile da parte di chi ha agito; mentre una perdita di carattere solo pecuniario non sarà risarcibile, nel caso fosse obiettivamente imprevedibile, se non quando possa farsi operare il principio « intended consequences never too remote » (così DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts,* cit., p. 211; sull'orientamento ostile ad ammettere una rilevanza della semplice *negligence* per il caso di *economic loss,* v. anche JAMES, *Limitations on liability for economic loss caused by negligence. A pragmatic appraisal,* in *Vand. law rev.,* 1972, p. 43 ss.; e, da ultimi, ALPA e BESSONE, *Disciplina dell'illecito e liability for economic loss,* in *Dir. maritt.,* 1973, p. 33 ss.). Altro esempio può essere quello offerto dal *Restatement of torts,* IV, cit., § 870, dove è indicativo che per la figura del *procuring breach of contract* — in cui leso è un diritto vero e proprio, sia pur soltanto relativo — venga accolta la regola consueta del rilievo del dolo, mentre per i casi di lesione di un'aspettativa (ad un contratto, a una donazione, a un legato) si esige in più l'impiego di mezzi illeciti (v. pure *retro,* nota 42).

Significativo d'altra parte — in un ordine di idee più generale — che in Germania alcuni degli stessi seguaci dell'*Erfolgsunrecht* ammettano l'operatività dell'*Handlungsunrecht* nel'ipotesi di *mittelbarer Eingriff* (su queste letture, NIPPERDEY, *Tatbestandsaufbau und Systematik,* cit., p. 1990 s.; ma si vedano anche le conclusioni di LÖWISCH, *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen,* in *Arch. civ. Praxis,* 1965-66, p. 421 ss., 428; e cfr. ZEUNER, *Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht,* in *Juristen Zeitung,* 1961, p. 41 ss., 45).

6. Ma non di ciò si tratta solamente: se è esatto — come resta da appurare, ma come sembra d'altronde verosimile sulla base di ciò che s'è osservato — che, nel rapporto cui ci stiamo riferendo, andrebbe colta una linea di tendenza caratteristica di tutto il campo dell'illecito. Di questo primo terreno, innanzi tutto; di quello poi del *quantum respondeatur,* dove si è fatta già notare l'influenza che esercita, sull'imputabilità di certe conseguenze estreme dell'azione, il maggior o minor grado di dolo; di quello stesso della colpa, ancora, dove non manca — e così forse può spiegarsi — il dato di una pluralità di sfumature raccolte sotto un simbolo comune [52]; di quello, infine, che funge da frontiera tra i due ambiti del dolo e della colpa [53].

---

[52] GORPHE, *Le principe,* cit., pp. 126-127; SCHREIER, *Schuld und Unrecht,* cit., p. 44.

[53] Cfr. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers,* cit., p. 94 (« En dernière analyse, c'est le caractère occulte de la grande majorité des droits relatifs qui restreint à un devoir d'honnêteté ce qui à l'égard des autres droits était — plus largement — devoir de prudence »); v. anche CIAN, *Nuove oscillazioni giurisprudenziali sulla tutela aquiliana del credito,* in *Riv. dir. civ.,* 1971, II, p. 632 ss., 636; PAYNE, *The tort of interference with contract,* cit., p. 101. Ma si può pensare alla stessa responsabilità di chi è parte in un contratto che la controparte ha concluso per errore; se questo è essenziale, il limite dell'eventuale responsabilità — nei casi in cui si possa ammetterla — è offerto presumibilmente dalla riconoscibilità (così il *Restatement of torts,* IV, cit., § 892, comment *b*), altrimenti occorrerà appunto il dolo o una conoscenza del raggiro del terzo (diverso, almeno in parte, il discorso per quanto concerne la posizione di chi concluso un contratto con l'incapace, non soltanto sul punto dei limiti soggettivi dell'annullabilità, quali emergono dal confronto fra i due casi dell'incapacità legale e naturale, ma anche e soprattutto per la difficoltà di riconoscere nel primo di essi la possibilità di una responsabilità extracontrattuale come regola generale).

Superfluo ogni richiamo e ogni confronto fra lo schema del § 823, 1° comma, BGB (necessità della lesione di un *Rechtsgut,* e sufficienza della colpa) e quello del § 826 (rilevanza di interessi patrimoniali anche diversi, ma necessità del dolo): rinviamo pertanto a OERTMANN, *op. cit.,* p. 1075; H. A. FISCHER, *op. cit.,* p. 145; ROSENTHAL, *op. cit.,* II, p. 84; v. THUR, *Das Bürg. Recht,* cit., p. 459; SIBER, *op. cit.,* p. 448; HECK, *op. cit.,* p. 442; GOETZE, *op. cit.,* pp. 50-51; NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden,* in *Arch. civ. Prax.,* 1931, p. 273 ss., 303; SCHULZ-SCHAEFFER, *Das subjektive Recht,* cit., p. 46; LARENZ, *Vertrag und Unrecht,* II, cit., pp. 34-35; ID., *Bes. Teil,* cit., p. 329 e p. 344; GÖRNER, *op. cit.,* p. 503; G. BOEHMER, *Einführung,* cit., p. 95; Rudolf SCHMIDT, *op. cit.,* II, p. 170; recentemente, soprattutto FIKENTSCHER, *op. cit.,* p. 577; H. C. FICKER, *Interference with contractual relations und deliktsrechtlicher Schutz der Forderung,* in *Festschrift H. G.*

È chiara la diversa prospettiva che, all'interno del lavoro, può introdurre la conferma di un tale meccanismo.

Sia perché, se il titolo richiesto è in funzione delle componenti obiettive del fatto dannoso, l'attenzione non può anch'essa che venire a spostarsi su queste ultime: e il quesito relativo alla nozione, seppur non cessa di esigere risposta, perde almeno quel carattere di priorità assoluta che sembrava competergli all'inizio [54].

Sia perché, con il richiamo alla realtà, e dunque alla varietà delle possibili combinazioni, si conferma ulteriormente l'impropríetà di un'immagine della responsabilità civile — non oggettiva — come territorio in cui troverebbero posto due soli e rigidi archetipi di illecito, quello doloso, cioè, e quello colposo [55]: e prende forza invece quella che, dandovi ragione, sa distinguere nel complessivo materiale degli illeciti, per quanto riguarda la colpevolezza, la presenza di una

---

Ficker, Frankf.-Berlin, 1967, p. 153; HOPT, *op. cit.,* p. 218; MEDICUS, *op. cit.,* p. 248 (« objektiv eng... und subjektiv weit » il primo, « subjektiv eng... und objektiv weit », il secondo); HANAU, *op. cit.,* p. 110. Particolarmente felice — per quanto concerne l'analogo raffronto tra i due commi dell'art. 41 OR svizzero — v. BÜREN, *op. cit.,* p. 259 e pp. 260-261. Più interessante rimane però il fatto che per il dolo di cui al § 823 — in cui l'elemento « obiettivo » è più consistente, essendo rappresentato dalla *Rechtswidrigkeit* — gli interpreti tedeschi escludano la necessità di una volontà polarizzata sulla produzione del danno, mentre per il dolo ex § 826, dove il requisito oggettivo è quello meno intenso della *Sittenwidrigkeit,* non è sufficiente la semplice volontà dell'evento, ma occorre l'intento di arrecare un pregiudizio effettivo alla vittima (*retro,* nota 26; e comunque DEUTSCH, *Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht,* cit., p. 722).

[54] WRIGHT, *Cases on the law of torts,* cit., p. 4 (« It would be possible to approach the law of torts solely from the standpoint of the nature of the defendant's conduct, namely, whether it were intentional, negligent or neither... This, however, would not place due emphasis on the particular claim or interest for which the plaintiff was seeking protection. As it is possible to separate different types of conduct causing harm, so it is possible to catalogue the kind of claims or interests which have been put forward by plaintiff as worthy of legal protection »); ma osservazioni del genere non sono certo rare nelle prime pagine dei trattati inglesi e americani, anche se i criteri di sistemazione della materia, ossia di raggruppamento delle singole figure di *tort,* rimangono poi quasi sempre quelli fondati sui differenti titoli di responsabilità (cfr. *infra,* Cap. XI, nota 2).

[55] Così, invece, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre,* III, cit., p. 304; ZITELMANN, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches,* I, cit., p. 156; BIERMANN, *Bürgerliches Recht,* I, cit., p. 332; MAYR, *Lehrbuch,* I, cit., p. 266; e, recentemente, WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund,* cit., p. 48.

scala ininterrotta, che, dai fenomeni in cui conta la più lieve negligenza, sale progressivamente sino alle figure dove è solo la malizia più sottile a rilevare [56]: così che un profilo definitorio, invece che una questione di essenze da isolare, finisce per rivelarsi come una semplice azione di regolamento di confini [57], oltre ad apparire un'operazione convenzionale e secondaria [58].

---

[56] Per qualche accenno, MIRIČKA, *Die Formen der Strafschuld*, cit, p. 153; HASENÖHRL, *Österreichisches Obligationenrecht*, II, cit., p. 160; MÜLLER, *Die Bedeutung*, cit., p. 38 (« Je wichtiger der in der Norm gesetzte Zweck ist, und je weniger nützlich der Zweck ist, den die zu beurteilende Handlung verfolgt, umso geringer soll der Grad der Gefährdung sein, deretwegen bereits die Handlung im Hinblick auf die Norm rechtsnormwidrig ist »); CAPITANT, *Sur l'abus des droits*, cit., p. 375; SCHREIER, *Faute et tort*, cit., p. 69; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., p. 64; Albert EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung*, cit., p. 185 ss. e p. 195; J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, cit., p. 457. Fra i contributi più recenti, soprattutto P. ESMEIN, in PLANIOL-RIPERT, *Obligations*, 1, cit., p. 696 testo e nota 1; HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung*, cit., pp. 118-119; EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, cit., p. 199; GEILEN, *Strafrechtliches Verschulden*, cit., p. 199; B. A. MANN, *Rule 10b-5: Evolution of a continuum of conduct to replace the catch phrases of negligence and scienter*, in *New York Un. law rev.*, 1970, p. 1205 ss., 1209; PUECH, *L'illiceité*, cit., p. 77; FLETCHER, *Fairness and utility in tort theory*, in *Harv. lew rev.*, 1972, p. 537 ss., 543.

Chi cerchi qualche esempio, può trovarne facilmente sul terreno del dolo negoziale, dove opera il principio per cui nessun affidamento del *deceptus* è abbastanza grossolano da escludere la responsabilità, quando sia stata particolarmente sottile e raffinata la qualità dell'inganno ordito dal *deceptor*. Altre indicazioni in ROTHER, *Haftungsbeschränkung*, cit., pp. 115-116.

[57] CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 182. Ma si vedano anche HEUSLER, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Leipzig, II, 1886, p. 264; HECK, *Grundriss*, cit., p. 79 (« In Wirklichkeit hat unser Gesetz Alltagsworte verwendet, die im Alltage nicht genau abgegrenzt sind und sich in der Hauptsache nur durch den Grad der Missbilligung unterscheiden... Entscheidend ist immer die Intensität der Missbilligung. Dieses Moment ist auch das einzige, das die grosse Fahrlässigkeit von der leichten trennt. Auch die Arglist ist nur ein besonders stark zu missbilligender Vorsatz. Die Täuschungabsicht bietet in der Regel einen Anlass zu solcher Missbilligung, aber sie ist nicht unentbehrlich. Entscheidend ist immer die Gesamtwürdigung aller Umstände »); GIUSIANA, *Il concetto*, cit., p. 193.

[58] Ciò è particolarmente chiaro allorché la soluzione al problema della responsabilità viene a dipendere, in modo più spiccato, da un'applicazione delle regole sulla causalità giuridica. Poniamo che dall'azione o omissione di Tizio — per l'intervento di fattori esterni, e contro ogni attesa ragionevole — sia derivato un certo accadimento, dal quale Caio si trovi danneggiato: immaginando che l'interesse colpito sia giuridicamente rilevante, Tizio capace di

Una visione esteriormente assai vicina alla pratica di chi, nel corso del passato, riassorbiva i diversi atteggiamenti psicologici e le più varie gradazioni di imprudenza nella comune matrice nominale di una generica *culpa* soggettiva [59]; ma da quella, in effetti, assai lontana nei presupposti che vengono a ispirarla: là, cioè, una consta-

---

intendere e volere, l'attività non « coperta » da una causa di giustificazione, il pregiudizio collegato a quell'evento, per cui rimanga soltanto da decidere se quest'ultimo può ritenersi o meno conseguenza della condotta di Tizio. Domandarsi se vi sia stato dolo oppure colpa, da parte di Tizio, quando manchi una norma specifica regolante il rapporto fra quei termini, non può aiutare a risolvere il dilemma; occorrerà chiedersi quale atteggiamento soggettivo si può e si deve pretendere da Tizio, retrospettivamente, per farlo responsabile del danno; e nel caso in cui la risposta sia che tutto dipende dall'essere Tizio stato o meno indifferente circa il realizzarsi di quell'evento, da lui previsto come assai probabile, ben poca importanza ha poi aggiungere che si è finito in quel modo per eleggere a titolo di responsabilità il dolo, invece che la colpa (cfr. HART e HONORÉ, *Causation in the law, cit.*, p. 160; CIAN, *op. loc. cit.*).

Anche qui, come già per l'ingiustizia, e lo stesso può dirsi per le cause di giustificazione, l'attenzione al momento del criterio appare cioè logicamente posteriore all'indagine sulle altre componenti. È vero poi che, se la scelta del titolo avviene nel corso del giudizio intorno ai vari requisiti obiettivi, l'accertamento dell'applicabilità effettiva del titolo, ossia il controllo sull'esistenza in concreto del grado di colpevolezza eletto, condiziona anche la sopravvivenza formale di quegli elementi (non sarà ingiusto, o ingiustificato, o causalmente imputabile un danno proclamato tale, ad esempio, a titolo di dolo, quando il dolo si riveli invece assente). Ma ciò sottolinea soltanto l'interdipendenza fra i diversi fattori dell'illecito, e l'interscambiabilità di ciascuno come punto di vista sotto il quale analizzare la responsabilità civile. La considerazione che la colpevolezza può influire sui restanti elementi della fattispecie, potrà forse indurre a preferirla come profilo unitario in un'indagine sul torto soggettivo: ciò non toglie però che l'essenziale resti comunque la scelta di un determinato titolo, mentre la riconduzione nominale di quest'ultimo entro un simbolo o entro l'altro obbedisce a mere esigenze descrittive.

[59] FERRINI, voce « *Danno* » (*azione di*), in *Enc. giur. it.*, IV, 1, Milano, 1911, p. 64; FORMICA, voce « *Danno* », cit., p. 544. V. anche DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme*, cit., p. 30; SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. 345; ARNDTS, *Pandette*, I, cit., p. 151; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, I, cit., p. 36; CESAREO CONSOLO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 3; ASCOLI, *Istituzioni*, cit., p. 184; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno*, cit., p. 167; RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 209, nota 3.

In senso critico, fin d'ora, COPPA-ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 4; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund*, cit., p. 20, nota 51 e p. 48; MAIORCA, *Colpa civile*, cit., p. 577; KÖTZ, *Haftung für besondere Gefahr*, in *Arch. civ. Prax.*, 1970, p. 1 ss., 3 nota 1. E cfr., più ampiamente, gli autori richiamati *infra*, Cap. VI, nota 67.

tazione del poter in teoria accompagnarsi, ad ogni fatto, questa o quella forma di colpevolezza, ciascuna ritenuta però equivalente ai fini del giudizio di responsabilità [60], così da togliere interesse al problema di una loro più dettagliata qualificazione [61]; qui, invece, un'attenzione al dato soggettivo cui appare vincolata la risarcibilità di un certo danno — e non cioè a quello che può esservi pur stato, ma che resta però insufficiente, o non è, per altro verso, necessario a far nascere l'obbligo — e la scoperta di una ricchezza di gamme tale da spezzare ogni definizione sintetica in una serie di molteplici e discordi sottoindicazioni.

E questo può valere come conclusione, per il momento. Non sembra infatti vi sia da impensierirsi, non comunque in maniera troppo seria, per due possibili estreme osservazioni: quella secondo cui la rinuncia ad un concetto prefissato, di cui contare le conformi applicazioni, e il progetto di muovere da un certo gruppo di illeciti, per cercare la nozione che rileva volta a volta, implicherebbero che il raggio dell'indagine venga a lambire — ed anzi ad uguagliare — l'intera orbita della responsabilità civile; e l'altra, per la quale dovrebbe esser coerente con i rilievi sopra esposti la decisione di bandire, d'ora innanzi, l'uso stesso del termine di dolo.

Quanto alla prima, sarà infatti sufficiente una precisazione circa l'estraneità dall'ambito di questo studio — oltre che delle ipotesi di responsabilità oggettiva — delle figure in cui è certa e fuor di dubbio l'attitudine dell'imperizia, negligenza etc. a far nascere l'obbligo riparatorio: con il dovere, pertanto, di accertare se, in quella ricca zona

---

[60] Certezza in cui veniva poi a inserirsi — favorendo il recupero terminologico nel segno dell'unità — una contemplazione della tendenza « in practice for a plaintiff to sue in negligence, where he has to prove unreasonable conduct on the part of the defendant, rather than under one of the intentional torts, where he will encounter much greater difficulty in establishing an intentional state of mind in the defendant » (così DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 456; v. anche i richiami offerti *retro*, in questo capitolo, nota 2 e *infra*, cap. VII, n. 6; cap. XI, nota 106).

[61] Si veda appunto PETTOELLO-MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 95. Frequenti anche i richiami a una tradizione che escludeva la possibilità di distinguere gradi diversi all'interno del dolo; così, ad esempio, UNGER, *System*, II, cit., p. 237, testo e nota 1; COPPA-ZUCCARI, *La « compensazione delle colpe »*, cit., p. 179; MELCHIORRE, *La risarcibilità del danno morale puro*, Berna, 1941, p. 45; COLASSO, *La responsabilità civile*, cit., p. 21; recentemente, MICCIO, citato *retro*, in questo capitolo, nota 11; BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, cit., p. 176.

di nessuno che è controllata dalla colpa grave [62], il fatto soggettivo che è represso sia sempre e solo un'imprudenza grossolana, oppure a volte un dato anche interiore, di cui le esterne sembianze dell'azione varrebbero a provare l'esistenza [63].

---

[62] « As the probability of injury to another, apparent from the facts whithin his knowledge, becomes greater, the conduct takes on more of the attributes of intent, until it reaches that substantial certainty of harm which juries, and sometimes courts, may find inseparable from intent itself. Such intermediate mental states, based upon a recognizable great probability of harm, may still properly be classed as « negligence », but are commonly called 'reckless', 'wanton', or even 'wilful'. They are dealt with, in many respects, as if the harm were intended, so that they become in effect *a hybrid between intent and negligence, occupying a sort of penumbra between the two* » (così PROSSER, *Handbook*, cit., p. 149; e ancor prima TERRY, *Negligence*, in *Harv. law rev.*, 1915, p. 40; POLLOCK, *The law of torts*, cit., p. 8; *Restatement of torts*, II, cit., § 282, comment *d*, p. 740; J. HALL, *Interrelations of criminal law and torts*, cit., p. 777 e p. 982; si vedano inoltre HARPER e JAMES, *The law of torts*, II, cit., p. 1213 ss.; HART e HONORÉ, *Causation*, cit., p. 197; HEUSTON, in SALMOND, *Law of torts*, cit., p. 589; ultimamente, MILLNER, *Negligence*, cit., p. 69; FLEMING, *An introduction*, cit., p. 70; *Roginsky* v. *Richardson-Merrel Inc.*, 1967, in KEETON e SHAPO, *Products and the consumer*, cit., p. 1220; ARMITAGE, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 32; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *op. cit.*, p. 454).

[63] Cfr. UNGER, *System*, II, cit., pp. 240-241; TERRY, *Negligence*, cit., pp. 40-41; ELLIOT, *Degrees of negligence*, in *So. Cal. law rev.*, 1932, p. 91; SAVATIER, *Traité*, I, cit., p. 221; DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 298; DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto*, cit., p. 131; DIAS, in CLERK e LINDSELL, *On torts*, cit., p. 456 (« ... recklessness is here being used in two senses, a subjective sense in which it is equated with intention and an objective sense in wich it is equated with negligence »); LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 242 ss.

Proprio in quest'ultima accezione, come s'è visto nella nota precedente, la colpa grave è riuscita ad imporsi come criterio indipendente di responsabilità presso le corti e gli scrittori di *common law* (v. anche BOHLEN, *Contributory negligence*, cit., p. 255 e p. 257; APPELMAN, *Wilful and wanton conduct in automobile guest cases*, in *Ind. law journ.*, 1937, p. 131 ss.; WEBER, *Guest statutes*, in *Univ. Cin. law rev.*, 1937, p. 24 ss., 51; ELLIOT, *op. ult. cit.*, p. 143, il quale parla di « quasi intent »; BURREL, *A new approach to the problem of wilful and wanton misconduct*, in *Ins. law journ.*, 1949, p. 716 ss.; Note, *Gross negligence under the Virginia Guest Statute*, in *Virg. law rev.*, 1956, p. 97 ss., 106 s.; FRIEDMANN, *Principles of tort liability and the growth of insurance*, in *Festschrift A. Ehrenzweig*, Karlsruhe, 1955, p. 25 ss., 38); intesa invece come regola o espressione di uno *standard of conduct* distinto da quello ordinario — richiami in GREEN, *High care and gross negligence*, in *Ill. law rev.*, 1928, p. 4 ss.; CHARLESWORTH, *On negligence*, cit., p. 5; GREGORY e KALVEN, *Cases and materials*, cit., p. 95 e p. 237;

Quanto alla seconda — a parte ogni rilievo che può farsi sui limiti inerenti ad un linguaggio, e sull'autorità che la storia dà al vocabolo [64] — ci pare che quell'abbandono sarebbe forse necessario per chi pretendesse di mantenere alla parola un significato ristretto ed esclusivo; ma che di dolo possa continuare a parlarsi, invece, nel prosieguo del discorso, una volta messo definitivamente in chiaro ch'esso ha qui il valore di un'espressione ellittica [65], in cui debbono

---

v. pure gli *Statutes* ricordati da Elliot, *op. ult. cit.*, p. 127 e la giurisprudenza citata da Prosser, *op. cit.*, p. 187 e da Srager, in *Boston Univ. law rev.*, 1960, p. 312 ss. — la sua autonomia è stata spesso respinta o messa in dubbio, concludendosi che « there are no 'degrees' of care or negligence, as a matter of law; there are only different amounts of care as a matter of fact; and 'gross' negligence is merely the same thing as ordinary negligence, with the addiction... of a vituperative epithet » (ancora Prosser, *op. cit.*, p. 186; e in senso analogo, Green, *op. ult. cit.*, pp. 17-19; Jon. Smith, *Liability for substantial physical damage to land by blasting*, in *Harv. law rev.*, 1920, p. 542 ss., 553; Elliot, *op. cit.*, p. 91 s.; Harper e James, *op. cit.*, p. 945; Livneh, *Factors determining damages*, cit., p. 190; Dias, in Clerk e Lindsell, *op. cit.*, p. 501).

[64] Trabucchi, *Il dolo*, cit., p. 169 s.; Bernard Kübler, *Les degrés de faute dans les systèmes juridiques de l'antiquité*, trad. dal ted. di Mankiewicz, in *Recueil E. Lambert*, cit., p. 175.

[65] Cfr. Carraro, *Valore attuale*, cit., p. 789, nota 20 e pp. 790-791; Ginossar, *Liberté contractuelle*, cit., p. 16 ss.; Puccini, *Il dolo civile*, cit., p. 364.

Una situazione analoga alla nostra si ha sostanzialmente nella *common law*, per quanto concerne il termine *malice*, utilizzato per descrivere tutte le svariate e possibili ipotesi di atteggiamento psicologico, dalla « *disinterested malevolence* » all'« *improper purpose* »: si vedano appunto Ames, *How far an act may be a tort*, cit., p. 422, nota 1; Freund, *Malice and unlawful interference*, cit., p. 461; Jaffin, *Theorems in anglo-american labor law*, in *Col. law rev.*, 1931, p. 1104 ss., 1123; Terry, *Proximate consequences*, cit., p. 11; Sayre, *Inducing breach of contract*, cit., p. 684 e p. 702; Pollock, *The law of torts*, cit., p. 16; Jenks, *Digeste*, cit., I, p. 229; Newark, *Malice in actions on the case for words*, in *Law quart. rev.*, 1944, p. 366 ss.; e, fra le opere più recenti, Salmond, *op. cit.*, p. 32 s.; Fridman, *Motive in the english law of nuisance*, in *Virg. law rev.*, 1954, p. 583 ss.; Prosser, *op. cit.*, p. 951 s.; Colyer, *op. cit.*, pp. 43-44; Fleming, *op. cit.*, p. 216; Armitage, in Clerk e Lindsell, *op. cit.*, p. 44. Dopo *Rookes* v. *Barnard*, il campionario si è ancora arricchito con l'ingresso del tipo di dolo necessario perché il *plaintiff* possa ottenere la corresponsione dell'arricchimento eventualmente superiore al danno (*infra*, Cap. XI, nota 144): qui il *defendant* dovrà infatti aver agito « with the utmost degree of malice or vindictively, arrogantly or high-handedly with a contumelious disregard for the plaintiff's rights » (così Taylor J., in *Uren* v. *John Fairfaix*, 1967, in Mc Gregor, *On damages*, cit., p. 227). Diverso, ma non meno interessante, l'elemento psicologico nella figura del c. d. « *se-*

intendersi comprese non solo realtà già indicate tradizionalmente con quel termine, ma anche fatti circolanti nel diritto con nomi e appellativi d'altro tipo (quali appunto scienza, sorpresa, fraudolenza, malafede, reticenza, inganno, preordinazione, violenza, menzogna, *animus*, e così via) [66].

---

condary boycott »: dove il *defendant* può esser condannato soltanto se si dimostri che egli ha incitato i dipendenti di B a scioperare per impedire allo stesso B di adempiere le sue obbligazioni verso C (per tutti, Fleming, *op. cit.*, pp. 221-222).

[66] « La scala di conseguenze previste per l'illecita attività in malafede » è ben esemplificata da Trabucchi, *Il dolo*, cit., p. 177. Assai preciso anche Markovitch, *La théorie*, cit., p. 134 ss. E si veda Delyannis, *La notion*, cit., p. 38.